



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16682.721132/2011-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.182 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de outubro de 2013
Matéria IRPJ e CSLL.
Recorrente DUFRY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA INDEVIDA.

Não restando demonstrados a simulação, o abuso de direito e a fraude à lei na geração do ágio, como sustentava a Fiscalização, há que se cancelar a glosa da despesa.

Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Eduardo Andrade, Cristiane Costa, Waldir Rocha, Guilherme Silva, Márcio Frizzo.

Relatório

Versa o presente processo sobre recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 1244.715 da 6ª Turma da DRJ/RJI, cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA. SIMULAÇÃO.

Comprovada a simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO.

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação produzida pelas partes. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa fiscal da amortização do ágio contabilizado.

MULTA QUALIFICADA.

A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

PREJUÍZOS FISCAIS. INEXISTÊNCIA.

Se da ação fiscal resultou a absorção da integralidade dos prejuízos fiscais acumulados, correta a glosa da compensação efetuada em exercícios futuros.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

TRIBUTAÇÃO CORRELATA.

Mutatis mutandis, aplicam-se ao julgamento da CSLL as mesmas razões decidir que embasaram o julgamento do IRPJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A recorrente tomou ciência da decisão recorrida em 10/07/2012 (AR a fls. 2674) e interpôs recurso voluntário em 09/08/2012 (Termo a fls. 2780), no qual alega as seguintes razões de defesa:

a) que, conforme consta dos autos, em 21/12/2010 foi iniciado procedimento fiscalizatório contra a RECORRENTE, voltado a analisar reorganização societária realizada em 2006, o qual enveredou mais adiante à análise da legitimidade da amortização do ágio que foi gerado na operação de aquisição de participação societária na RECORRENTE pela empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. (“Dufry Brasil”);

b) DA MUNDANÇA NO FUNDAMENTO LEGAL DA ACUSAÇÃO

b.1) que a decisão recorrida mudou a fundamentação legal da autuação, pois, pela análise do TVF, o Auditor Fiscal em momento algum baseia sua acusação no artigo 149, inciso VII do CTN, pelo contrário, fundamenta sua acusação no artigo 116, inclusive fazendo menção a decisões que se referem a esse artigo, ademais, essa mudança de direcionamento é expressamente confessada pelo I. Julgador na própria decisão de primeira instância, in verbis:

“Repito novamente: art. 149, inciso VII, do CTN é o fundamento legal para que a administração tributária, em face de ato ou negócio jurídico praticado com simulação (como é o caso nestes autos), desconsidere o ato ou negócio simulado, requalifique a situação na categoria jurídica que a abrangeria caso não houvesse ocorrido o vício e realize o lançamento tributário devido.

Nem se diga que o art. 149, inciso VII, do CTN não poderia ser aplicado porque não se encontra expressamente arrolado nos autos de infração de fls. 2244/2275. Trata-se aqui de clara situação em que se deve aplicar analogicamente, no processo administrativo-tributário, o instituto processual-penal da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal (...) (os destaques são nossos)";

b.2) que o processo tributário é regido por suas próprias regras, não podendo se valer de regras emprestadas de outras áreas e, ao analisarmos o Decreto 70.235/72 que disciplina o processo administrativo fiscal não encontramos sequer uma linha que permita a utilização do *emendatio libelli*, logo ele jamais poderia ser utilizado no caso em tela, nem mesmo por analogia, instituto que tem sua utilização terminantemente vedada em matéria tributária;

c) DA DECADÊNCIA

c.1) que o direito de o Fisco Federal questionar a legitimidade dos atos societários que originaram o ágio foi fulminado pela decadência, pois, em que pese a amortização ter ocorrido nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2010, o direito ao aproveitamento do ágio surgiu em 2006, ano base para o início do cômputo do prazo decadencial;

c.2) que, tendo em vista que o ágio contabilizado em 2006 é fato contábil e societário que deve ser considerado com tal, não há que se cogitar na possibilidade de questionar a legitimidade dos atos societários que o originaram somente em dezembro de 2011, motivo pelo qual resta cediço que o direito de o Fisco Federal proceder ao lançamento com base na análise de fatos ocorridos há mais de 5 anos foi totalmente fulminado pela decadência;

d) DO MÉRITO

d.1) que a amortização do ágio para fins fiscais surgiu como um benefício, no contexto do programa de privatizações, que acabou se estendendo a toda e qualquer empresa que adquire participação societária em outra;

d.2) que, no ano de 2005, o Grupo Dufry, desejando firmar participação no mercado brasileiro de lojas francas ("duty free"), iniciou negociações com o Grupo Brasif, que culminaram com a aquisição da RECORRENTE em 2006;

d.3) que, durante o estágio inicial das negociações, o Grupo Dufry sentiu a necessidade de ter uma empresa no Brasil, a fim de viabilizar e efetuar a aquisição da participação societária da Brasif e outras empresas do grupo que atuavam no mesmo ramo, junto a seus sócios, pessoas físicas brasileiras, bem como praticar todos os atos necessários à consecução da operação e à expansão do negócio no Brasil (fls. 277 a 285 dos autos).

d.4) que, assim, referida operação foi concretizada por meio de um contrato de compra e venda de ações representativas da totalidade do capital social das empresas Brasif, Emac Comércio Importação Ltda. ("Emac") e Iperco Comércio Exterior S.A. ("Iperco") pela Dufry Brasil Participações Ltda., celebrado na data de 11 de março de 2006 (fls. 506 a 510 e 941 a 1124 dos autos);

d.5) que, à guisa de esclarecimento, vale mencionar que o objeto social da Brasif era "(a) a exploração de Lojas Francas e respectivos Depósitos, sob o Regime Aduaneiro Especial de Loja Franca, em aeroportos internacionais e em outros locais apropriados, no país e no exterior; (b) a comercialização de mercadorias em geral, no varejo e no atacado, inclusive mediante importação e exportação, no país e no exterior, por conta própria ou de terceiros; (c) a prestação de serviços correlatos com a sua atividade comercial; (d) o agenciamento e a

veiculação de publicidade; e (e) a participação no capital de outras sociedades” (fls. 286 a 300 dos autos);

d.6) que, por outro lado o objeto social das outras empresas adquiridas pela Dufry Brasil era:

d.6.1) Emac: “comercialização, mediante exportação, importação, vendas no atacado e no varejo, distribuição, representação comercial de mercadorias nacionais e importadas, em geral e de perfumes e cosméticos, em particular e a prestação de serviços correlatos com sua atividade de comercialização, podendo participar de outras sociedades, como acionista ou quotista”. Mais especificamente, cumpre ressaltar que a empresa tinha por operação a representação da marca MAC no Brasil (fls. 217 a 261 dos autos);

d.6.2) Iperco: “compra e venda inclusive mediante a importação e a exportação, a distribuição e a representação comercial de mercadorias em geral, assim como a prestação de serviços de consultoria para a organização e a reorganização de empresas, a promoção de negócios e o desenvolvimento de atividades correlatas com as anteriormente especificadas.” (fls. 217 a 261 dos autos);

d.7) que as 3 (três) empresas operavam em ramos distintos (ainda que ligados ao comércio de bens importados, cada empresa tinha seu foco próprio), pois a Brasif atuava no setor de lojas Duty Free, a EMAC desde a sua constituição sempre atuou como representante comercial da marca “Mac Cosméticos”, exercendo a Iperco a atividade de distribuidora de perfumes e cosméticos, em especial da marca “Estée Lauder”.

d.8) que a RECORRENTE não somente adquiriu uma empresa que atuava no ramo de lojas francas, mas também se tornou proprietária de outras duas que tinham frentes de negócios distintas e, assim, a RECORRENTE passou a atuar em três ramos diferentes, razão pela qual se fez necessária a criação da Dufry Brasil para coordenar a aquisição (fls. 262 a 267 e 277 a 285 dos autos);

d.9) que a complexidade da operação residiu em diversos aspectos que passa a enumerar:

d.9.1) a necessidade de adquirir 3 empresas, com diferentes realidades de atuação distintas;

d.9.2) dar agilidade às providências para essa aquisição, já que havia outros concorrentes de porte internacional disputando a compra - assim, foi fundamental que a Dufry Brasil pudesse internar os recursos necessários para a aquisição e tê-los disponíveis para tanto (fls. 305 a 311 dos autos);

d.9.3) não se tratava de apenas um vendedor, mas de 6 (seis) vendedores, pessoas físicas brasileiras, com os quais a Dufry Brasil teve que negociar (fls. 506 a 610 e 941 a 1124 dos autos);

d.9.4) tratava-se de atividade altamente regulada, não apenas pelas autoridades tributárias, mas também pelas autoridades aeronáuticas, e a efetiva concretização da operação dependia de uma série de aprovações;

d.9.5) pelo montante envolvido, bem como pelo tamanho do Grupo Dufry mesmo antes dessa aquisição, houve a necessidade de notificar os órgãos de defesa da concorrência, a quem se submeteu para a análise a aquisição.

(f) aventou-se a possibilidade de a Dufry Brasil realizar Oferta Pública de Ações após a aquisição.

d.10) que, por tais razões, a Dufry Brasil de fato adquiriu a participação na RECORRENTE, sendo que, a Dufry Brasil efetivamente adquiriu e pagou pelas quotas da RECORRENTE, e por elas pagou preço superior ao valor de patrimônio líquido contábil, conforme documentos que evidenciam as transferências bancárias correspondentes (fls. 143 a 216 dos autos) e, assim sendo, houve o reconhecimento do ágio por expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, b, DL 1.598/77);

d.11) que a Dufry Brasil baseou a determinação do preço a ofertar em estudos econômicos que levaram em conta a lucratividade futura da RECORRENTE, sendo que um aspecto que corrobora a fundamentação econômica do ágio pago pela participação na RECORRENTE (R\$ 485 milhões), é que as projeções do laudo de avaliação econômica (fls. 143 a 216 dos autos), base para o valor do negócio, foram plenamente atingidas, exceto quanto ao Lucro Líquido de 2008 (porém a Receita Bruta de 2008 foi atingida), conforme tabela que apresenta no seu recurso;

d.12) que a recorrente incorporou a Dufry Brasil em 07/04/2006 e, desde então, vem amortizando o ágio na proporção de 8 anos, ou seja, em prazo superior ao mínimo exigido por lei (5 anos);

d.13) que se a lei não coloca outros requisitos para aproveitamento do ágio, além daqueles observados pela recorrente, não poderia a administração fazê-lo, sob pena de afronta ao princípio da legalidade consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 150;

d.14) que o auto de infração funda-se no argumento de que o ágio gerado na aquisição da participação societária da Brasif Duty Free Shop Ltda (antiga denominação da recorrente) teria supostamente sido gerado por meio de uma operação simulada, tendo em vista que a estrutura negocial implementada teria como único intuito obter a redução de tributos, razão pela qual foram glosadas, para fins fiscais, as despesas relacionadas à amortização do ágio;

d.15) que a RECORRENTE, por ocasião da impugnação, demonstrou claramente que o fato de a aquisição ter sido efetuada pela Dufry Brasil - e não diretamente pelo acionista estrangeiro, qual seja, a Delmey Sociedad Anónima (“Delmey”) – ocorreu por conta de uma série de motivos, que não remontam conexão com o registro do ágio;

d.16) que a recorrente demonstrou, na impugnação, que o registro do ágio foi mera consequência do fato de a Dufry Brasil ter efetivamente adquirido a participação societária e pago pelas quotas da RECORRENTE por valor superior ao registrado em seu patrimônio líquido contábil;

d.17) que o julgador reconhece que não há provas quanto a qualquer simulação - porque de fato NÃO HOUVE simulação – mas manteve a autuação porque entendeu que havia “*indícios eloquentes de que houve simulação na constituição da pessoa jurídica DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.*” (fl. 48 da decisão recorrida);

d.18) que indaga quais seriam os “indícios eloquentes” ou, como o próprio ilustre julgador denomina, posteriormente, “*provas indiciárias*”, ou seja, supostos indícios de provas, mas não provas, o que é simples - não há provas de simulação porque NUNCA HOUVE qualquer simulação;

d.19) que não há como se falar em abuso de direito em matéria tributária;

d.20) que não houve a criação de sociedade veículo para, de forma artificial, carregar-se o ágio entre empresas;

d.21) que o prazo de existência da Dufry Brasil não foi curto, pois constituída em 22/08/2005, foi incorporada em 07/04/2006;

d.22) que restou evidente a existência de propósito comercial com relação aos atos praticados pela recorrente, mas, ainda que assim não fosse, não poderia uma autuação fiscal desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação, unicamente por conta das suas motivações econômicas;

d.23) que o parágrafo único do art. 116 do CTN é inaplicável, pois ainda não foi regulamentado; e

d.24) que deve ser afastada a multa qualificada, pois a autoridade fiscal, em momento nenhum, provou que a recorrente agiu dolosamente

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões a fls. 2806 e segs., nas quais alega o seguinte:

a) que, tendo em vista que o pagamento do ágio não constitui fato gerador de nenhuma obrigação tributária, e que seus efeitos fiscais se resumem a um benefício fiscal potencial concedido pelo Estado, tem-se como lógico que o prazo decadencial para o Fisco homologar os efeitos fiscais atribuídos pelo contribuinte ao ágio por ele criado não se conta a partir do pagamento da correspondente “mais valia”, mas sim da sua efetiva utilização para redução dos tributos a serem recolhidos;

b) que não obstante as operações societárias realizadas visarem a concretizar a intenção da empresa uruguaia DELMEY S/A em adquirir a empresa brasileira BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA, a interposição de uma empresa veículo com o exclusivo objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa final exorbitou esse propósito comercial;

c) que um ágio que é pago por uma empresa, porém é registrado em outra, com o exclusivo intuito de se tornar dedutível segundo prevê a legislação, não pode ter a despesa com a sua amortização deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;

d) que tal como apontado quando da demonstração da indedutibilidade do ágio em face da ausência de confusão patrimonial entre investidor e investimento, em que pese a DELMEY S/A e o grupo BRASIF terem declarado, por meio do contrato de compra e venda, do empréstimo e do aumento de capital, que a DUFY PARTICIPAÇÕES fora o investidor que adquiriu as quotas da BRASIF, a Fiscalização logrou comprovar que todos esses negócios são artificiais, pois os seus conteúdos não são verdadeiros;

e) que assim, embora o contrato de compra e venda, o empréstimo e o aumento de capital declarados atestem que a DUFY PARTICIPAÇÕES adquiriu as quotas da BRASIF com recursos próprios, fora constatado que, ao final, quem efetivamente adquiriu essas quotas com a utilização de recursos próprios fora a DELMEY S/A;

f) que a artificialidade do contrato de compra e venda, do empréstimo e do aumento de capital resta evidente quando se vê que, ao final, os objetos negociados são completamente desfeitos. Quando a BRASIF incorpora a DUFY PARTICIPAÇÕES, a DELMEY S/A assume a posição de real adquirente das quotas da BRASIF, assim como a titularidade dos recursos utilizados para essa aquisição;

g) que, de fato, quando há a incorporação da DUFY PARTICIPAÇÕES pela BRASIF, as quotas objeto de interesse da DELMEY S/A vão finalmente parar no patrimônio dessa empresa uruguaia, pois em face dessa última operação societária, como já

dito anteriormente, a DELMEY S/A finalmente troca em seu ativo US\$ 250 milhões por 6.760.000 quotas da BRASIF;

h) que o contrato de compra e venda originalmente firmado é desfeito, porque a parte adquirente é substituída. Por outro lado, o empréstimo e o aumento de capital feito pela DELMEY em favor da DUFREY PARTICIPAÇÕES apresentam a mesma sorte, porque o direito de crédito da empresa uruguaia em face da empresa brasileira é substituído pela participação societária que a DELMEY S/A passa a ter da BRASIF. Dessa forma, o resultado obtido em 07/04/2006 é igual à concretização direta do intuito da DELMEY S/A em adquirir 100% das quotas da BRASIF;

i) Assim, tem-se como negócios simulados o contrato de compra e venda, o empréstimo e o aumento de capital, por meio dos quais houve a declaração de uma aquisição que nunca existiu, a qual ocorreu apenas “no papel”. Como visto acima, ao final, com a incorporação da DUFREY PARTICIPAÇÕES pela BRASIF, esses negócios foram efetivamente desfeitos. Esse desfazimento dos efeitos é uma característica típica dos negócios simulados;

j) que o negócio dissimulado, por sua vez, fora aquele pretendido desde o início pela DELMEY S/A e efetivamente concretizado ao final, qual seja: a aquisição direta das quotas da BRASIF por US\$ 250 milhões, isso porque, ao final das operações, com o cancelamento dos efeitos dos negócios simulados, o que restou foi o pagamento de US\$ 250 milhões pela DELMEY S/A aos antigos sócios da BRASIF, com o recebimento, em troca, de 6.760.000 quotas da empresa brasileira;

l) que, da análise do negócio simulado e daquele dissimulado, vê-se, deste modo, que, enquanto o contrato de compra e venda, o empréstimo e o aumento de capital foram desfeitos ao final das operações, a aquisição das quotas pela empresa uruguaia foi aquele que efetivamente foi cumprido;

m) que, enquanto a participação da DUFREY PARTICIPAÇÕES foi cancelada com a incorporação, o compromisso de compra assumido pela DELMEY S/A diante do grupo BRASIF foi plenamente cumprido;

n) que, por certo, compulsando o contrato de compra e venda, o empréstimo, o aumento de capital, e as operações societárias realizadas, verifica-se, sem maiores esforços, que a intenção original foi efetivamente cumprida, pois o contrato de compra e venda, o empréstimo e o aumento de capital, que eram um fim em si mesmo, procuraram apenas permitir a BRASIF o gozo do benefício fiscal, tal como ela incorporasse a empresa que adquiriu suas ações, porém sem fazê-lo na realidade;

o) que, em que pese o recorrente afirmar que a participação da DUFREY PARTICIPAÇÕES foi indispensável à aquisição das quotas da BRASIF, e que a incorporação da DUFREY PARTICIPAÇÕES pela BRASIF decorreu de estratégias societárias e negociais do grupo, da análise do “filme como um todo”, vê-se que nenhuma dessas afirmações é verídica, ao analisar as operações em conjunto, não há como aceitar que uma empresa capte US\$ 250 milhões em uma data, no mesmo dia utilize todo esse dinheiro para adquirir um investimento, e, após doze dias dessa aquisição, seja extinta;

p) que, por isso que, como ressaltado pelo Auditor Fiscal, a única razão econômica que resta da participação da DUFREY PARTICIPAÇÕES na aquisição das quotas da BRASIF é a renúncia fiscal decorrente da dedutibilidade do ágio amortizado pela BRASIF sem que haja a necessidade do investidor absorver o investimento, ou vice e versa, assim, esse aspecto caracteriza mais um elemento típico das simulações: a obtenção de resultado vedado pela lei;

q) que, por fim, no que tange ao fato de o contribuinte ter publicado e registrado nas autoridades competentes todos os atos que implicaram o surgimento e amortização do ágio discutido, destaca-se que a aparência de legalidade faz parte do núcleo de formação das simulações. Sendo as simulações uma espécie de negócios onde se afere a vontade das partes, por certo, a formalidade não importa, mas sim o intuito dos particulares por detrás dela.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

O recurso é tempestivo e foi subscrito por advogado com poderes para tal, conforme doc. a fls. 2678/2680, razão pela qual dele conheço.

Inicialmente, quanto à alegação de que a decisão recorrida mudou o fundamento jurídico, concordo com a recorrente de que é inaplicável o instituto do *emendatio libelli* no campo do direito tributário. Por outro lado, entendo que foi indevida e desnecessária a menção de tal instituto pela autoridade julgadora de primeira instância, pois não haveria qualquer problema se se valesse do art. 149, VII, do CTN, na fundamentação da sua decisão, primeiro, porque não estaria inovando a fundamentação legal da autuação, já que a autoridade lançadora enquadrava a conduta da recorrente como simulação; segundo, porque esse dispositivo trata da competência da autoridade lançadora para efetuar lançamento de ofício, logo, sequer deveria compor a fundamentação legal da autuação, já que essa deve se limitar as regras matrizes de incidência tributária, nas quais se subsumem a situação fática descrita nos autos, bem como, as bases legais dos consectários legais. Por esses motivos, afastar essa preliminar de nulidade.

Da mesma forma, afastar a preliminar de mérito - decadência, pois o prazo decadencial para o Fisco homologar os efeitos fiscais atribuídos pelo contribuinte ao ágio pago na aquisição de participação societária não se conta a partir do momento que o ágio foi gerado, pois tal evento não tem qualquer impacto nas bases tributáveis. Apenas quando ocorrer uma das situações descritas no caput do art. 7º da Lei 9.532/97 e o ágio começar a ser amortizado, é que temos que analisar a possibilidade, diante do prazo decadencial previsto no CTN, de o Fisco efetuar a glosa de tal despesa (de amortização). No caso em tela, a aquisição com ágio, a incorporação e o início da amortização ocorreram em 2006, logo, é absurdo falar em decadência, já que o lançamento do IRPJ com base no lucro real anual foi efetuado em 2011, ainda que se aplique, ao caso, o prazo decadencial mais curto do art. 150, § 4º, do CTN.

O fulcro da questão posta em julgamento reside na glosa de despesa com amortização de ágio, razão pela qual, inicialmente, vejamos como o TVF descreve as operações que deram origem à formação do ágio:

- **1º Evento** (22/08/2005): Criação da Empresa que futuramente serviu como Veículo para a reestruturação societária. Foi constituída a sociedade SENDEROS PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 07.677.304/0001, cuja razão social foi posteriormente alterada para DUFREY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. [EMPRESAVEÍCULO];

- **2º Evento** (05/12/2005): Constituição da Investidora Estrangeira no Uruguai. Foi constituída a sociedade DELMEY S/A, sediada no Uruguai, com Capital Social correspondente a 1.600.000 pesos uruguaios;
- **3º Evento** (07/03/2006): Investidora no Uruguai adquire a empresa veículo A DELMEY SOCIEDAD ANÔNIMA – sociedade constituída no URUGUAI adquire 100% do Capital Social da SENDEROS (empresa veículo), a qual teve sua razão social alterada para DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 07.197.888/000150;
- **4º Evento** (07/03/2006): Transferência das quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA para as pessoas físicas que detinham participação indireta via outras Pessoas Jurídicas;
- **5º Evento** (15/03/2006): Aumento de Capital na Investidora Estrangeira. Foi realizado aumento de Capital Social da DELMEY S/A, mediante integralização em espécie, no montante de US\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares), o qual passou a corresponder a \$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de pesos uruguaios);
- **6º Evento** (23/03/2006): Investidora Estrangeira Aumenta o Capital da Empresa Veículo. Foi realizado aumento do capital social na DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. (EMPRESA VEÍCULO), mediante integralização em espécie, no valor de R\$ 53.531.400,00, conforme lançamento contábil da sociedade constante no ANEXO I Escrituração Contábil da DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA;
- **7º Evento** (23/03/2006): Investidora Estrangeira Efetua Empréstimo para a Empresa Veículo. Foi realizado empréstimo da DELMEY para a sua controlada, DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA (EMPRESA VEÍCULO), no valor correspondente a US\$ 225.950.000,00 (duzentos e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta mil dólares), conforme lançamento contábil constante do ANEXO I Escrituração Contábil da DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.
- **8º Evento** (23/03/2006): Empresa Veículo Adquire as Quotas da Brasif Duty Free Shop Ltda. Do montante de R\$ 535.086.667,71 pago na Aquisição, pela DUFY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES, das quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA (FISCALIZADA), R\$ 39.234.501,04 corresponderam ao valor patrimonial da participação societária, e R\$ 485.418.166,65 foram consignados como ÁGIO fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;
- **9º Evento** (07/04/2006): BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA incorpora a empresa veículo e muda de nome para DUFY BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA;
- **10º Evento** (05/10/2006): Delmey muda o nome para DUFY SOUTH AMÉRICA S/A;
- **11º Evento** (13/10/2006): Redução do capital social da DUFY SOUTH AMÉRICA S/A Ocorreu a redução do capital social da DUFY SOUTH AMÉRICA S/A [antiga DELMEY SOCIEDAD S/A] no valor de US\$ 254.000.000,00, com retirada em espécie.

Diante desses fatos, a autoridade fiscal concluiu o seguinte:

Neste item, demonstrar-se-á que a fiscalizada operou uma reestruturação societária com **simulação e ocorrência de ato ilícito nulo por abuso de direito**, mediante **extrapolação dos limites do fim**

econômico, da função social e da boa-fé objetiva, bem como pela ocorrência de **fraude à lei na utilização de operações estruturadas, que isoladamente aparentavam licitude, mas que, vistas em seu conjunto, acabaram por demonstrar uma outra realidade.**

Ora, a autoridade fiscal enquadrou a operação de aquisição da Brasif como simulação, abuso de direito e fraude à lei. Vejamos qual a fundamentação da autoridade fiscal, expendida no Termo de Verificação a fls. 2190 e segs., para sustentar tal rosário de patologias jurídicas. Para tanto, passo a analisar o TVF a partir dos seguintes trechos pinçados:

A simulação e ilicitude ocorreram na aquisição da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA (nome posteriormente alterado para DUFREY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA), pelo grupo internacional DUFREY, em que a adquirente utilizou-se de uma "empresa veículo" apenas para poder deduzir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a amortização do ágio pago na aquisição da empresa brasileira.

Os fatos, em linhas gerais, ocorreram da seguinte forma: constituiu-se, no Brasil, a empresa veículo e injetaram-se nela os recursos necessários para a aquisição da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA; em seguida, a empresa veículo adquiriu a BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA com ágio de R\$ 485.418.166,65 justificado por expectativa de rentabilidade futura; logo após, a empresa veículo foi incorporada pela BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA e passou-se a deduzir, para fins de redução do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, a amortização desse ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Da análise de tudo que foi apurado, verificou-se que, desde o início, o objetivo do grupo internacional DUFREY sempre foi o de ter no Brasil o controle direto da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA, sendo totalmente artificial a utilização da empresa veículo, já que não realizou nenhuma operação empresarial, não tinha empregados, nem outras despesas ou receitas e não perdurou nem três meses sob o controle do grupo estrangeiro. [grifo do original]

(...)

No caso aqui analisado, o grupo internacional DUFREY adquiriu a BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA com ágio de R\$ 485.418.166,65 por expectativa de rentabilidade futura e, se houvesse feito a compra como investimento direto do exterior, não poderia ter-se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, já que, em regra, essa despesa não é dedutível.

Assim, para poder valer-se da norma de dedutibilidade do art. 8º da Lei nº 9.532/97, adquiriu uma empresa veículo, de vida efêmera – três meses – e nesta registrou o ágio, para que, posteriormente, a incorporasse à BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA e pudesse, assim, deduzir a amortização do ágio.

(...)

Até agora, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (DELMERY) aporta capital em uma empresa (DUFREY

BRASIL), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (BRASIF) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio. Com efeito, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

No que tange ao enquadramento da conduta da recorrente como simulação, inicialmente, ressalto que a simulação em matéria fiscal foi bem enfrentada no Parecer CST 46/87, do qual retiro duas conclusões, quais sejam, que as operações simuladas são:

- a) ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte;
- b) devem prevalecer os efeitos do negócio dissimulado.

O referido parecer analisou uma situação em que o contribuinte remetia dividendos travestidos de devoluções de capital, para escapar da tributação que havia à época sobre a remessa de dividendos. Note-se, assim, que estávamos diante de um caso de simulação relativa, pois havia o ato simulado – devolução de capital – e o ato dissimulado – remessa de dividendos (simulação sobre a causa do negócio jurídico).

Como bem sustenta Beleza dos Santos (A Simulação em Direito Civil, ed. Lejus, p. 211): *“Para que exista a simulação relativa é portanto necessário que, em virtude de um conluio das partes, se simule um ato aparente para enganar terceiro e que sob essa aparência se dissimule outro correspondente à vontade real e séria das partes”*.

Qual o conluio demonstrado nos autos? Será que fazer jus aos benefícios dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 podem ser tomados como enganar o Fisco? Qual o ato dissimulado?

Todas as respostas são negativas, pois a contribuinte quis transferir o ágio para a operacional, o que encontrou amparo no art. 8º da Lei 9.532/97. Veja que, sob qualquer prisma, a existência do ágio era indiscutível, pois sequer se enquadrava na débil definição de ágio interno adotada por alguns. Ademais, não resta demonstrado no TVF qual o ato dissimulado nem a autoridade fiscal demonstra o pacto simulatório, o que, por si só, já seria suficiente para afastarmos a acusação de simulação.

Por outro lado, os efeitos buscados pela DELMEY eram os efeitos próprios do atos praticados (adquirir a participação de terceiros na BRASIF com ágio por meio da DUFY BRASIL e depois promover a incorporação desta por aquela) e não de atos eventualmente dissimulados.

Sustenta, então, a autoridade fiscal que a simulação estaria configurada na utilização da DUFY BRASIL apenas para adquirir as ações da BRASIF com ágio e depois ser incorporada, possibilitando a geração de despesas com amortização do ágio. Há que se distinguir o conceito de motivo e causa do negócio jurídico. A futura incorporação da DUFY BRASIL e o aproveitamento da despesa de amortização do ágio podem ser até o motivo do aporte de capitais na DUFY BRASIL, mas não a sua causa. *Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio.* O que é essencial ao negócio jurídico é a causa, sendo *que o acordo sobre a causa pode ser simulante: dissimula-se a doação, simulando-se o pagamento; dissimula-se o*

pagamento, doando-se; vende-se, simuladamente, quando, em verdade, se doou (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 3, ed. Bookseller, p. 124/126/127).

No caso em tela, a DELMEY queria aportar capital na DUFREY BRASIL, para constituir uma subsidiária no Brasil, não restando demonstrado qualquer simulação quanto a causa do negócio, ou seja, sobre a existência de um negócio dissimulado.

Por outro lado, a *simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 4, ed. Bookseller, p. 441). Assim, *in casu*, a simulação absoluta poderia se configurar se restasse provado que nunca houve a vontade de efetivamente se constituir a DUFREY BRASIL. De plano, isso resta afastado diante do fato de que, como alegado pela recorrente, a DUFREY BRASIL adquiriu não apenas a Brasif, mas também outras duas empresas de ramos atividades diferentes.

Por esse mesmo motivo, afasta-se também a alegação de falta de propósito negocial na constituição da Dufrey Brasil. De qualquer forma, falta de propósito negocial não configura, por si só, em simulação, se não vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, *in verbis*:

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

O conceito de propósito negocial é vago e não se enquadra em qualquer dos incisos, nem mesmo no inciso II, pois ainda que os sócios não tivessem a intenção de perpetuar a empresa, isso não torna a sua cláusula de constituição menos verdadeira. O propósito negocial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado.

Ademais, ainda que não houvesse a vontade de perpetuar a DUFREY BRASIL, não houve simulação na geração do ágio, pois esse seria gerado fosse a subscrição feita diretamente pela DELMEY ou por meio da sua controlada brasileira - DUFREY BRASIL. Por sua vez, a opção legal de fazer a subscrição por meio da DUFREY BRASIL, de forma a possibilitar a transferência do ágio para a recorrente (antiga BRASIF) foi possibilitada por expressa autorização legal do art. 8º da Lei 9.532/97.

Quanto à alegação de abuso de direito, inicialmente, sustento que o entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extra-tributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto, nem mesmo no art. 187 do Código Civil tal doutrina se sustenta. Isso porque a finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo – inclusive tributário, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas. Ora, seria desarrazoado sustentar que o contribuinte, diante de dois caminhos lícitos, fosse obrigado a escolher aquele que fosse tributariamente mais oneroso, sob pena de estar excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes à atividade empresarial. Ademais, qual o limite em que a liberdade empresarial passaria a ser abuso de direito? Tal limite ficaria ao alvedrio de cada intérprete? Por essas razões, entendo inaplicável o art. 187 do CC às relações jurídico-tributária.

Todavia, ainda que fosse aplicável o art. 187 do CC à *quaestio iuris* ora *sub examine*, não me parece que a conduta da recorrente tenha excedido o mais restrito conceito de fim econômico ou social da atividade empresarial, pois, repito, a escolha de aportar capital em uma subsidiária, para que esta, depois, adquirisse as 3 participações societárias que foram adquiridas, em vez de fazer as aquisições diretamente pela matriz no exterior, é uma tomada de decisão que está dentro dos limites de atuação da empresa privada.

Teria então a recorrente fraudado o espírito da norma (art. 8º da Lei 9.532/97), como alega a autoridade fiscal, ou seja, a conduta da recorrente se enquadra na fraude à lei?

De plano afastado essa hipótese, pois, diante de dois caminhos legais, não estaria obrigado o investidor estrangeiro a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações de BRASIF com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento. Dentro da sua esfera de liberdade, o investidor estrangeiro tinha todo direito de preferir primeiro constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquirisse os investimentos que a matriz no exterior desejava. Isso não pode ser considerado ilícito.

Ademais, ressalto que o art. 8º da Lei 9.532/97 teve como finalidade o processo de privatização, pois, por tal norma, permitiu-se que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada. Isso era fundamental para preservação dos intangíveis da empresa adquirida com ágio. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Conforme retro tratado, no presente caso sequer estamos diante de empresa veículo, mas a recorrente se valeu do art. 8º para incorporar a sua coligada-investidora e passar a amortizar o ágio. Note-se então que não há falar que a conduta da recorrente tenha sido em fraude à lei, pois foi justamente para possibilitar tal operação que a norma foi editada.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, para cancelar os lançamentos do IRPJ e da CSLL.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator