



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

Processo nº 16682.721600/2017-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-003.850 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2019
Matéria ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente DUFRY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ARTIGO 146 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INOCORRÊNCIA

De acordo com o artigo 146 do CTN a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. Inaplicável, portanto, a hipótese dos autos no qual a orientação do CARF foi aplicada a fatos geradores anteriores a sua introdução.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. POSSIBILIDADE.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento tem por base os efeitos tributários decorrentes das condutas efetivamente praticadas pelos contribuintes, ainda que os negócios jurídicos, formal ou individualmente considerados, aparentem outra realidade.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se a investida não é extinta e o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. O não-recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o ano-calendário. CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE. É compatível com a multa isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do ano-calendário, por caracterizarem penalidades distintas, desde que a exigência não se refira a infrações ocorridas na vigência da redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

JUROS SOBRE A MULTA. ADOÇÃO DA TAXA SELIC. SUMULA CARF N° 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.

Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a preliminar de coisa julgada administrativa, votando pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa, e i.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente aos juros sobre multa de ofício; ii) por maioria de votos, rejeitar a arguição de indevida modificação de critério jurídico, vencido o Relator, sendo designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio; e iii) por voto de qualidade: iii.i) rejeitar a arguição de vício na fundamentação do lançamento para requalificação dos fatos; iii.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à glosa de amortização de ágio; e iii.iii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, nas três matérias vencido o Relator acompanhado pelos Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio, sendo designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente e Redatora Designada.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

(assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio - Redatora do voto vencedor

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 2894 a 2950), interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo/SP (fls. 2804 a 2849) que manteve integralmente as Autuações sofridas pelo Contribuinte (fls. 1874 a 1927), negando provimento à Impugnação apresentada (fls. 1933 a 2794).

O processo versa sobre exações de IRPJ e CSLL, acompanhadas de multa de ofício (75%) e multa isolada, aplicada pela ausência de recolhimentos mensais de estimativas tais tributos, lançadas em face da empresa DUFRY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA., referentes a glosa de dedução de ágio percebido na alienação de suas quotas, historicamente detidas pelo Grupo BRASIF, para empresa do Grupo DELMEY.

Mais especificamente, a acusação fiscal que sustenta as Autuações se resume à suposta indedutibilidade do ágio amortizado pela Recorrente, nos anos-calendário de 2012 e 2013 (originado em operações ocorridas em 2006), por ter sido este gerado em operação que contemplou *empresa veículo*, adquirida no Brasil pelo Grupo estrangeiro DELMEY, sendo a suposta real adquirente e detentora das despesas com o ágio pago a companhia uruguaia, *Delmey S.A.*

No completo TFV (fls. 1900 a 1921), a Fiscalização inicialmente esclarece o contexto da Ação Fiscal que deu origem às Autuações, primeiramente mencionado a existência de Ação Fiscal anterior, referente às mesmas operações, que culminou na glosa do ágio amortizado entre 2006 e 2010, objeto do Processo Administrativo nº 16682.721.132/2011-48. Tal processo administrativo já foi definitivamente julgado por este E. CARF.

Após tais considerações, descrevendo tal processo fiscalizatório pretérito, faz-se uma análise jurídico-contábil, bastante geral e abstrata, do tratamento do *ágio na aquisição de investimentos* e sua dedutibilidade, passando, depois, a descrever e analisar as operações que geraram o dispêndio em questão, amortizado pela Contribuinte, apontando para o *real investidor*.

As operações societárias procedidas entre o Grupo BRASIL e o Grupo internacional DELMEY são resumidas da seguinte forma:

Empresas envolvidas:

DUFRY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA – CNPJ 27.197.888/0001-50 (antes BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA) – empresa fiscalizada

DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA – CNPJ 07.677.304/0001-37 (antes SENDEROS PARTICIPAÇÕES LTDA)

DUFRY SOUTH AMERICA S/A – CNPJ 07.882.214/0001-88 (nome anterior DELMEY S.A.) - empresa sediada no Uruguai

BRASIF S/A ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES – CNPJ 21.109.731/0001-40

EMPRESAS BRASIF: Brasif Duty Free Shop Ltda. (Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda.), Emac Comércio Importações Ltda. (EMAC) e Iperco Comércio Exterior S.A. (Iperco)

IV.1 - Constituição da empresa DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA

A atual Dufry do Brasil Participações Ltda. foi constituída em 22/08/2005, então sob a denominação social de Senderos Participações Ltda.

IV.2 - Constituição da DELMEY SOCIEDAD ANONIMA

Essa sociedade, sediada no Uruguai, foi constituída em 05/12/2005 com Capital Social correspondente a 1.600.000 pesos uruguaios.

IV.3 - Aquisição da SENDEROS PARTICIPAÇÕES LTDA

A Delmey Sociedad Anonima adquiriu 100% da Senderos Participações Ltda. em 07/03/2006, sendo a sua razão social alterada para Dufry do Brasil Participações Ltda., conforme Instrumento de Primeira Alteração do Contrato Social de Senderos Participações Ltda. (doc. 2).

IV.4 - Transferência das quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA.

Até 07/03/2006, a empresa ora fiscalizada (então denominada Brasif Duty Free Shop Ltda.) era controlada pela sociedade Brasif S/A Administração e Participações que detinha 99,88% do seu capital social.

A controladora, por sua vez, tinha como sócios:

- a) Prontofer S/A - 91,93%;
- b) Santa Amália Adm. e Part. Ltda. – 0,01% e
- c) Santos de Araújo Fagundes – 8,06%.

A Prontofer tinha como principal acionista Jonas Barcellos Correa Filho, detentor de 58,41% das suas ações, sendo que os demais sócios com participação relevante, 10,39% cada, pertencem à família do então principal quotista: Cristina Barcellos Correa, Patrícia Diniz Barcellos Correa, Renato Diniz Barcellos Correa e Vianita Diniz Barcellos Correa.

Em 07/03/2006 foi realizada a 34ª Alteração Contratual da então BRASIF Duty Free Shop Ltda. em que foram cedidas e transferidas pela BRASIF S/A Administração e Participações todas as 6.751.888 quotas de sua propriedade, das quais 6.207.370 para a Prontofer S/A e 544.518 para o Sr. Santos de Araújo Fagundes. Nessa mesma alteração contratual, a Santa Amália Administração e Participações Ltda. cedeu e transferiu todas as 676 quotas de sua propriedade para o seu sócio, Sr. Santos de Araújo Fagundes.

Após essas cessões e transferências, a sociedade passou a ter a seguinte composição:

Sócios	Nº de Quotas
PRONTOFER S/A	6.214.806
Santos de Araújo Fagundes	545.194
Total	6.760.000

Ainda nessa alteração contratual, a Prontofer S/A cedeu e transferiu as suas 6.214.806 quotas para seus acionistas. Assim, a composição societária da empresa ora fiscalizada após essas cessões e transferências passou a ser:

Sócios	Nº de quotas
Jonas Barcellos Corrêa Filho	5.255.342
Cristina Diniz Barcellos Corrêa	239.866
Renato Diniz Barcellos Corrêa	239.866
Vianita Diniz Barcellos Corrêa	239.866
Patrícia Diniz Barcellos Corrêa	239.866
Santos de Araújo Fagundes	545.194
Total	6.760.000

IV.5 - Aumento de Capital na DELMEY S.A.

Em 15/03/2006, foi realizado aumento do Capital Social da Delmey S.A. mediante integralização em espécie de US\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares), passando o seu Capital Social de \$ 1.600.000 (um milhão e seiscentos mil pesos uruguaios) a \$15.000.000.000,00 (quinze bilhões de pesos uruguaios).

IV.6 - Aumento de Capital Social na Dufry do Brasil Participações Ltda.

Em 23/03/2006 foi feita a Segunda Alteração do Contrato Social da Dufry Brasil Participações Ltda. em que a Delmey S.A., sua controladora, aumentou o capital da Sociedade em R\$ 53.531.400,00 mediante a criação de 53.531.400 novas quotas totalmente subscritas e integralizadas.

IV.7 - Empréstimo da DELMEY S.A. para a DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

Também em 23/03/2006 a Delmey S.A. emprestou valor correspondente a US\$ 225.950.000,00 (duzentos e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta mil dólares que corresponderam a R\$ 483.588.497,00) para a sua controlada, Dufry do Brasil Participações Ltda.

IV.8 - DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. adquire as quotas da BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA.

Ainda em 23/03/2006, a Dufry do Brasil Participações Ltda. adquiriu dos quotistas pessoas físicas as 6.760.000 quotas representativas do capital social da sociedade Brasif Duty Free Shop Ltda. (ora fiscalizada) pelos valor de US\$ 250.000.00,00 (duzentos e cinquenta milhões de dólares, correspondentes a R\$ 535.086.667,71 – quinhentos e trinta e cinco milhões, oitenta e seis mil, seiscentos e sessenta e sete reais e setenta e um centavos reais), conforme item 2.2 do Contrato de Compra e Venda de Ações Reformulado.

Do montante de R\$ 535.086.667,71 pago na aquisição pela DUFRY do Brasil Participações das quotas da Brasif Duty Free Shop Ltda., R\$ 39.234.501,04 correspondem ao valor patrimonial da participação societária e R\$ 485.418.166,65 foram consignados como ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

O montante de R\$ 535.086.667 pago na aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. pela Dufry do Brasil Participações Ltda. é composto das seguintes parcelas:

- R\$ 39.234.501,04 correspondem ao seu valor patrimonial e R\$ 485.418.166,65 foram consignados como ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;

- R\$ 4.240.993,05 correspondem à participação (54,03%) na sociedade EMAC Comércio e Importação Ltda. e R\$

3.679.006,95 referem-se ao ágio na aquisição dessa participação;

- R\$ 2.727.885,85 correspondem à participação (100%) na sociedade Iperco Comércio Exterior S/A e R\$ 213.885,85 foram consignados como deságio na aquisição dessa participação.

Observe-se que, antes de 23/03/2006, a empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não teria condição alguma de pagar o valor de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. Afinal o seu capital social era de tão-somente R\$ 100,00 (cem reais), valor obviamente insuficiente para efetuar tal operação.

Mas, em 23/02/2006, vale dizer, na data da compra da Brasif Duty Free Shop pela Dufry do Brasil Participações, a Delmey S.A. aumentou o capital social dessa última em R\$ 53.531.400,00. Além disso, nessa mesma data, ela emprestou US\$ 225.950.000,00 (valor então correspondente a R\$ 483.588.497,00) para a sua controlada.

Dessa forma, os dois aportes de capital feitos pela Delmey S.A. para a sua controlada foram utilizados, por essa última para pagamento dos R\$ 535.086.667,71 devidos no contrato de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada).

IV.9 - Incorporação da DUFRY DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. pela BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA. (incorporação às avessas)

Em 07/04/2006, a então Brasif Duty Free Shop Ltda. incorporou sua controladora (incorporação reversa) Dufry do Brasil Participações Ltda. Nessa operação, ocorreu também a alteração da razão social da fiscalizada para Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda.

Nessa operação, a fiscalizada trouxe para a sua contabilidade um ágio que entende dedutível. Por este expediente, é a Dufry do Brasil Duty Free Shop que acaba por se beneficiar com a amortização do ágio.

IV.10 – Alteração de razão social e redução de capital da DELMEY S.A.

Em 05/10/2006, a Delmey Sociedad Anonima teve sua razão social alterada para DUFRY South America Investments S.A. Posteriormente, em 13/10/2006, seu capital social sofreu redução no valor de US\$ 254.000.000,00 (duzentos e cinquenta e quatro milhões de dólares) mediante retirada em espécie.

Essa foi a sequência de eventos que levou a Brasif Duty Free Shop Ltda., cujo nome foi alterado posteriormente para Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda., (fiscalizada) a ser controlada diretamente por uma empresa estrangeira do grupo internacional Dufry.

Em seguida, a Autoridade Fiscal passa a relatar a *Infração* cometida pela Contribuinte, afirmando que o emprego na estrutura da operação da *empresa veículo*, qual seja *Dufry do Brasil Participações Ltda.*, invalida a amortização do ágio percebido na transação, vez que o *real adquirente* era a empresa DELMEY S.A., sediada no Uruguai. Confira-se trechos da acusação:

Considerando os fatos narrados, verifica-se que a operação efetiva objeto da presente ação fiscal consistiu na aquisição das quotas da sociedade Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. (então denominada Brasif Duty Free Shop Ltda.), ora fiscalizada, pela sociedade Delmey S.A., constituída e sediada no Uruguai.

Ocorre que, se a substância da operação realizada estivesse representada pela sua forma jurídica correspondente – aquisição direta pelo grupo estrangeiro, não haveria a possibilidade legal da dedução da despesa de amortização do ágio pago nessa aquisição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Dessa forma, com vistas a contornar o impedimento legal referente à dedutibilidade do ágio pago na aquisição da participação societária, foi engendrada a operação que consistiu nos passos descritos no item IV, os quais são sintetizados a seguir:

1. *Aquisição da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. (empresa veículo) pela Delmey S.A.*
2. *Aumento do capital social da Dufry do Brasil Participações Ltda. pela Delmey S.A. no montante de R\$ 53.531.500,00.*
3. *Empréstimo de US\$ 225.950.000,00 à Dufry do Brasil Participações Ltda. pela sua controladora Delmey S.A.*
4. *Aquisição das quotas da sociedade Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada) pela Dufry do Brasil Participações Ltda. com os recursos mencionados nos itens 2 e 3.*
5. *Incorporação da Dufry do Brasil Participações Ltda. pela sua controladora, a então Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada) com aproveitamento do ágio gerado na operação da compra de quotas.*

Vários fatores evidenciam a falta de propósito negocial na operação efetuada.

(...)

Certo é que a fiscalizada não tem legitimidade para registrar e amortizar o ágio, já que ele foi pago indiretamente pela Delmey S.A., sua controladora. Afinal, foi essa quem de fato arcou com toda a operação utilizando sua controlada, Dufry do Brasil Participações, como entidade facilitadora (empresa veículo). E,

ainda, os documentos indicam que a Dufry do Brasil Participações Ltda. nunca teve propósito empresarial autônomo, ou seja, nunca existiu materialmente, apenas formalmente, funcionando como mero veículo para a aquisição com ágio da fiscalizada pelo grupo internacional DUFRY de forma a tornar juridicamente possível a posterior amortização e dedução fiscal desse ágio.

Frise-se que não há acusação de prática de *fraude, dolo ou simulação* na operação, apenas baseando-se a fundamentação jurídica na *falta de propósito negocial na operação* e na ausência de *propósito empresarial autônomo* da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda.. Nenhuma transação individual foi questionada ou invalidada, assim como reconhece-se os elementos materiais e quantitativos do ágio, bem como a existência do efetivo dispêndio, apenas atribuindo a titularidade deste à empresa DELMEY S.A., a qual se revestiria de *real detentora* da despesa.

Por bem resumir o início da lide, visando uma mais profunda elucidação da matéria ora sob análise, adota-se a seguir trechos do preciso relatório empregado pela DRJ *a quo*:

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ e CSLL, contra a empresa acima identificada, referentes aos anos-calendário 2012 e 2013.

2. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal -TVF, às fls. 1.900/1.923, os lançamentos tributários decorrem da não adição ao lucro líquido das despesas indevidamente amortizadas de ágio, o qual foi contabilizado, em conta patrimonial, após reorganização societária que levou a Fiscalizada a incorporar, no exercício financeiro de 2006, sua controladora Dufry do Brasil Participações Ltda (antes Senderos Participações Ltda.).

3. Em razão de a Fiscalizada ter optado pelo Lucro Real Anual, nos anos-calendário 2012 e 2013, a amortização indevida do ágio implicou, ainda, insuficiência de recolhimentos mensais por estimativa de IRPJ e CSLL, razão pela qual foram constituídas as correspondentes multas isoladas, incidentes sobre as importâncias que deixaram de ser recolhidas ao longo dos referidos anos-calendário. O cálculo detalhado encontra-se no TVF.

4. A multa de ofício, incidente sobre o IRPJ e a CSLL devidos ao final dos citados anos-calendário, foi aplicada no percentual de 75%, nos termos do artigo 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/07.

5. Os créditos constituídos e consolidados, em setembro de 2017, importam em R\$ 93.344.522,42 e compõem-se de:

IRPJ	24.775.611,04
Juros de Mora	11.999.381,12
Multa proporcional	18.581.708,27
Multa Exigida Isoladamente	13.262.809,57
Valor do Crédito Tributário	68.619.510,00

CSLL	8.927.859,97
Juros de Mora	4.323.529,55
Multa Proporcional	6.695.894,97
Multa Exigida Isoladamente	4.777.727,93
Valor do Crédito Tributário	24.725.012,42

6. A Fiscalização informa, inicialmente, que o ágio foi objeto de procedimento fiscal anterior, que resultou, relativamente às amortizações indevidas, lançamentos de IRPJ e CSLL, nos anos-calendário 2006 a 2010, bem como esclarece que, com o conhecimento da Fiscalizada, foram utilizados termos lavrados e documentos obtidos naquele procedimento:

Em 21/12/2010, teve início procedimento fiscal, respaldado pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 07.1.85-2010-00340-6, com o objetivo de analisar o processo de reorganização societária de incorporação envolvendo a fiscalizada e sua controladora no ano-calendário de 2006, em especial a amortização do ágio gerado quando da transferência da propriedade das quotas de seu capital social bem como seus efeitos tributários. O mencionado procedimento fiscal abrangeu o período de 2006 a 2010. Esse MPF foi encerrado em 16/12/2011 com a lavratura de Auto de Infração formalizado no processo 16682.721.132/2011-48 referente às diferenças de IRPJ e CSLL nos anos-calendário de 2006 a 2010 relativas à dedução indevida da parcela do ágio amortizado não adicionado pela fiscalizada.

Em 16/11/2015 foi expedido Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), de nº 07.1.85.00-2015-00244-0 autorizando a presente ação fiscal com o objetivo de aferir o IRPJ e CSLL incidentes sobre a amortização de ágio citada no parágrafo anterior abrangendo o período de 2011 a 2013. A ação fiscal foi iniciada em 22/12/2015 por meio de Termo de Início de Ação Fiscal.

No curso deste procedimento fiscal, foram examinados documentos e informações obtidos no âmbito do procedimento anterior, aqui citado (MPF nº 07.1.85-2010-00340-6, já encerrado), conforme informado ao contribuinte no Termo de Intimação nº 3, lavrado em 15/03/2016. Por esta razão, estão inseridos no processo fiscal que formaliza este Auto de Infração os termos lavrados e os documentos obtidos no mencionado MPF que lhe serviram de base.

7. Prosseguindo, a Fiscalização traz os fatos relevantes do procedimento fiscal anterior em que Contribuinte foi intimado a.:

7.1. apresentar os registros contábeis em meio magnético, incluindo todos os lançamentos efetuados nos Livros Diário e Razão relativos às operações normais da entidade, assim como

aos correspondentes processos de reorganização societária referentes ao ano-calendário de 2006.

7.2. esclarecer e detalhar a operação societária na qual foi constituído o ágio em investimentos no valor de R\$ 488.883.287,75, na sociedade Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda., conforme especificado no “Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido Contábil para Efeitos da sua Incorporação”, realizado em 31/05/2006

7.3. apresentar o contrato social da sociedade Dufry do Brasil Participações Ltda. e, também, os lançamentos contábeis registrados na Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. referentes ao processo de incorporação da Dufry do Brasil Participações Ltda. no Livro Razão, bem como os lançamentos contábeis relativos à amortização do ágio de investimentos realizados nos anos-calendário 2006 a 2009.

7.4. apresentar todos os atos societários, referentes aos anos-calendário 2005 e 2006, das sociedades que a controlaram direta ou indiretamente; documentação referente à alienação das quotas das pessoas físicas mencionadas na 35ª alteração do seu contrato social, especificando quanto foi pago a cada pessoa física mencionada nessa alteração contratual;

7.5. apresentar documentação comprobatória referente ao empréstimo concedido pela DELMEY S.A. à DUFRY do Brasil Participações Ltda. em 23/03/2006, e ao pagamento desse empréstimo, esclarecendo a forma de pagamento;

7.6. identificar o quadro societário da DELMEY S.A. em 15/03/2006, indicando os acionistas detentores dos percentuais 80%, 10,05%, 3,50%, 2,76% e 3,69%, constantes da “Ata da Assembleia Extraordinária de Acionistas de DELMEY”;

7.7. comprovar a integralização do Capital Social, ocorrida em 15/03/2006 no valor correspondente a US\$ 500.000.000, identificando individualmente os acionistas e respectivos valores investidos e, ainda, informar os acionistas beneficiários do reembolso referente à redução do Capital Social da DELMEY S.A., ocorrida em 13/10/2006, no valor de US\$ 254.000.000, especificando individualmente as parcelas recebidas.

8. Relata a Fiscalização que as respostas às questões foram as seguintes:

8.1. o quadro societário da DELMEY em 15/03/2006 era constituído pela Dufry International AG, com 80% das ações, Advent Brasif (Cayman) Limited, com 10,05% das ações, Advent Brasif (Cayman) 2 Limited, com 3,50% das ações, Advent Brasif (Cayman) 3 Limited, com 2,76% das ações e Advent Brasif (Cayman) 4 Limited, com 3,69% das ações;

8.2. a integralização de US\$ 500.000.000 ocorreu em 23/03/2006 e foi feita de acordo com os citados percentuais;

8.3. a Dufry South America Ltda. foi a beneficiada com o reembolso referente à redução do capital social da DELMEY ocorrida em 13/10/2006;

9. A Fiscalizada foi também intimada a esclarecer:

9.1. o propósito negocial para a constituição da sociedade DUFRY do Brasil Participações Ltda., considerando não constar de seus registros contábeis qualquer operação mercantil, industrial ou relativa à prestação de serviços, bem como a justificar o seu reduzido prazo de existência;

9.2. o motivo de a operação de aquisição das quotas da DUFRY do Brasil Duty Free Shop Ltda. não ter sido realizada diretamente entre a sua atual controladora, DELMEY S.A. e os antigos quotistas da adquirida;

10. Em suma respondeu a Fiscalizada que:

10.1. a sociedade Dufry Brasil Participações Ltda. (Dufry Brasil) foi adquirida pelo grupo Dufry para finalizar a aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. (Brasif), da Iperco Comércio Exterior S.A. (Iperco) e da EMAC Comércio Importação Ltda. (EMAC) por conta da complexidade do negócio envolvido;

10.2. a existência de holding no Brasil para a aquisição de empresas brasileiras é comum e, no caso concreto, o objeto da negociação eram três empresas detidas por vários vendedores;

10.3. houve a necessidade de criar uma conta de depósito em garantia (escrow account) em banco brasileiro, correspondente a 7,5% do valor do negócio para fazer frente a possíveis contingências;

10.4. a Dufry Brasil (Dufry Brasil Participações Ltda) ainda teve o importante papel de obter a aprovação da transferência do controle societário junto à autoridade aeroportuária, a Infraero, o que era essencial para a concretização do negócio aventado;

10.5. não tendo havido qualquer restrição à venda da Brasif (Fiscalizada), pelas entidades governamentais como o CADE e a Infraero, e, encerrado o “período pós-aquisição” (período de transição para conhecer detalhadamente as empresas adquiridas e adequá-las ao padrão Dufry), o Grupo Dufry entendeu que a Dufry Brasil (Dufry Brasil Participações Ltda) poderia ser incorporada na Brasif (Fiscalizada), reduzindo os custos operacionais no Brasil;

10.6. diversas razões econômicas e negociais foram levadas em conta para que o Grupo Dufry decidisse ter uma empresa no Brasil para efetuar a referida aquisição.

11. A Fiscalizada foi intimada a apresentar o documento “Share Purchase Agreement” (Contrato de Compra e Venda de Ações) firmado em 11/03/2006, vinculativo da operação de aquisição da totalidade do capital social Brasif Duty Free Shop Ltda. pela Dufry Brasil Participações.

12. Em resposta, a Fiscalizada afirmou que:

12.1. o contrato firmado, em 11/03/2011, serviu apenas para iniciar a contagem do prazo para protocolar os documentos relativos à compra junto aos órgãos de controle da concorrência e que o contrato efetivamente implementado pelas partes foi o datado de 23/03/2006;

12.2. a primeira versão foi integralmente substituída pela segunda, em face dos erros e inconsistências contidos no primeiro documento.

13. A Fiscalizada foi intimada a apresentar todos os lançamentos contábeis referentes a todas as amortizações do ágio incidente na aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. (BDFS) pela Dufry Brasil Participações Ltda. (DBP) no período de 01/01/2006 a 31/12/2010 e a informar se houve alguma adição ou qualquer tipo de lançamento contábil ou fiscal de ajuste que tenha excluído para fins de apuração do IRPJ e CSLL o efeito das despesas com as amortizações do ágio incidente na aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. pela DBP no LAIR do ano-calendário 2006 ao de 2010.

14. A Fiscalizada esclareceu que somente no ano-calendário de 2006 houve lançamentos fiscais (adições) que excluíram o efeito das despesas com a amortização do ágio incidente na aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. pela Dufry do Brasil Participações na apuração do IRPJ e CSLL.

15. Nesse ponto, depois de discorrer sobre a legislação comercial e fiscal, que regula a constituição e a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido, a Fiscalização afirma que:

(...) o grupo internacional DUFRY adquiriu a Brasif Duty Free Shop Ltda. (atualmente, Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda.) com ágio de R\$ 485.418.166,65 por expectativa de rentabilidade futura. Se a compra tivesse sido feita como investimento direto do exterior, não caberia o benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio. Assim, para poder se valer da norma de dedutibilidade do art. 8º da Lei nº 9.532/97, esse grupo internacional adquiriu uma empresa de vida efêmera e nesta registrou o ágio para, posteriormente, incorporá-la à sua controladora, Brasif Duty Free Shop Ltda. e dessa forma tornar possível a dedução da amortização do ágio.

16. A fim de demonstrar que, no caso concreto, foi engendrada operação de reorganização societária com o objetivo de tornar dedutível a despesa de amortização do ágio pago na aquisição das quotas da Brasif Duty Free Ltda. a Fiscalização apresenta um histórico das operações realizadas, iniciando pela nomeação das empresas envolvidas:

(...)

29. Observa a Fiscalização que, antes de 23/03/2006, a empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não teria condição alguma de pagar o valor de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda, uma vez que seu capital era de R\$ 100,00, aquisição que só se tornou possível por meio das operações de aumento de seu capital, em R\$ 53.531.400,00, e do empréstimo de R\$ US\$ 225.950.000,00 (R\$ 483.588.497,00), realizadas, na mesma data da aquisição (23/03/2006), pela sua controladora, Delmey S. A.

30. Em 07/04/2006, a então Brasif Duty Free Shop Ltda. incorporou sua controladora (incorporação reversa) Dufry do Brasil Participações Ltda. Nessa operação, ocorreu também a alteração da razão social da fiscalizada para Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. Nessa operação, a fiscalizada trouxe para a sua contabilidade um ágio que entende dedutível. Por este expediente, é a Dufry do Brasil Duty Free Shop que acaba por se beneficiar com a amortização do ágio.

31. Em 05/10/2006, a Delmey Sociedad Anonima teve sua razão social alterada para DUFRY South America Investments S.A. Posteriormente, em 13/10/2006, seu capital social sofreu redução no valor de US\$ 254.000.000,00, mediante retirada em espécie.

32. Afirma a Fiscalização que esta foi a sequência de eventos que levou a Brasif Duty Free Shop Ltda., cujo nome foi alterado posteriormente para Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda., (fiscalizada) a ser controlada diretamente por uma empresa estrangeira do grupo internacional Dufry.

33. Prosseguindo em seu relato, passa a Fiscalização a trazer outros elementos de prova e a caracterizar as infrações, que, no seu entender, não se revelam pela forma como os atos e negócios jurídicos foram exteriorizados, mas pelo que realmente foi praticado, qual seja, a aquisição direta do controle da Fiscalizada, por uma empresa sediada no exterior, pertencente ao grupo internacional DUFRY, fato que impossibilita à Fiscalizada amortizar o ágio efetivamente pago pela Delmey SA, sediada no Uruguai.

34. Observa a Fiscalização que vários fatores evidenciam a falta de propósito negocial na operação que resultou no indevido aproveitamento do ágio gerado na compra de quotas.

35. A análise da escrituração da Dufry do Brasil Participações Ltda. mostra que na conta Bancos -101011001, onde estão representadas as disponibilidades da sociedade, constam apenas os registros da integralização do capital pela Delmey S/A, do empréstimo em moeda estrangeira da Delmey S/A e das aquisições da Duty Free Shop (Fiscalizada), da EMAC Comercio e Importação Ltda. e da Iperco Comércio Exterior S/A, todos ocorridos em 23/03/2006, não havendo registros em toda a escrituração de quaisquer outras atividades empresariais.

36. Observa a Fiscalização que os registros contábeis limitam-se ao período de 07/03/2006 a 01/06/2006, não havendo registro

algum referente a pagamentos a empregados, aquisição de bens integrantes do ativo imobilizado, manutenção da sede ou quaisquer outros inerentes às atividades empresariais comuns de qualquer sociedade.

37. *Ressalta ainda que mesmo quando se cria uma holding no Brasil, com o objetivo de participar de outras sociedades, a empresa conta com uma estrutura com empregados e sede para realizar seu objeto social, ou seja, possui substância econômica, gera empregos etc.*

38. *Afirma a Fiscalização que a única finalidade da Dufry do Brasil Participações Ltda. foi a de, no papel, servir de entidade facilitadora (empresa veículo) no processo de aquisição das quotas das sociedades Brasif Duty Free Shop Ltda., Iperco Comércio Exterior S/A e EMAC Comércio e Importação.*

39. *A falta de propósito negocial é também evidenciada pelo empréstimo, de duzentos e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta mil dólares, concedido pela Delmey S.A. a uma empresa (Dufry do Brasil Participações Ltda) que logo seria extinta.*

40. *Ao comentar as respostas da Fiscalizada às indagações acerca do propósito negocial que teria levado a Delmey SA a adquirir a Dufry do Brasil Participações Ltda a Fiscalização assim se posiciona:*

A argumentação de que a Dufry do Brasil Participações Ltda. seria fundamental para a realização do negócio, pois a sua finalização através de uma entidade não residente seria demasiadamente onerosa, difícil e de resultados incertos, não é suficiente já que todos os recursos empregados, todas as garantias fornecidas e toda a capacidade operacional para a realização da operação foram proporcionados pela Delmey S.A. mediante aumento de capital e concessão de empréstimo à Dufry do Brasil Participações Ltda.. Assim, a realidade é que as pessoas físicas, então quotistas da Brasif Duty Free Shop Ltda. negociaram suas quotas com a Delmey S.A., e não com a Dufry do Brasil Participações Ltda.

A emissão de parecer favorável da Secretaria de Acompanhamento Econômico –CADE – bem como a aprovação pela INFRAERO não estavam, de maneira alguma, condicionadas à criação de outra empresa, mesmo porque essa sociedade não tinha qualquer autonomia, capacidade financeira ou operacional para a realização dessa operação. Os parâmetros para as referidas concessões envolvem variáveis de naturezas distintas às apresentadas na argumentação exposta, até porque se existissem restrições à realização de aquisições societárias por empresas situadas no Uruguai, não seria a criação de empresa interposta que viabilizaria a operação.

Da mesma forma, não se justifica a utilização da Dufry do Brasil Participações Ltda. em função da necessidade de abertura de conta bancária de caução (*escrow account*) para o depósito da

parcela correspondente à 7,5% do negócio (item 2.5 do Acordo de Compra e Venda de Ações Reformulado, doc. 4). Tal cláusula foi estabelecida simplesmente pela vontade das partes, não havendo qualquer determinação legal para isso.

Destaca-se o fato de que todos os recursos para a concretização da operação foram supridos pela empresa uruguaia Delmey S.A. Assim, qualquer garantia eventualmente necessária à realização da operação poderia ter sido fornecida diretamente pelo real adquirente (Delmey) em benefício dos antigos proprietários das quotas. Destaque-se ainda que, como já foi exposto anteriormente, todas as operações financeiras ocorridas no ano-calendário 2006 na Dufry do Brasil Participações Ltda. foram registradas na contabilidade no dia 23/03/2006. Nessa data, consta o registro contábil do valor total da operação, não tendo sido identificadas parcelas anteriores desembolsadas a título de garantia.

Concluindo, todos os motivos apresentados como justificativa para a criação da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não se revelaram imprescindíveis à concretização da operação. Eis que as formalidades alegadas poderiam ter sido cumpridas por um simples representante do real adquirente: Delmey S.A.

41. Afirma a Fiscalização que:

(...) a principal razão para a criação da Dufry do Brasil Participações Ltda. não foi declarada pela fiscalizada, qual seja, o aproveitamento da amortização do ágio pago na operação de aquisição das quotas da Brasif Duty Free Ltda. como despesa dedutível em razão do processo de reorganização societária – incorporação reversa – da Dufry do Brasil Participações Ltda. (empresa veículo – controladora) pela sociedade adquirida Brasif Duty Free Ltda. (controlada) transformada em Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. por meio de operação cujos aspectos formais não corresponderam à sua real essência.

42. Conclui a Fiscalização que a Dufry do Brasil Participações Ltda. nunca existiu materialmente, funcionando como mero veículo de modo a tornar juridicamente possível a posterior amortização e dedução fiscal do ágio que na realidade foi pago pela Delmey SA.

43. Em suas considerações finais a Fiscalização justifica os lançamentos tributários afirmando que:

43.1. o ágio foi amortizado a partir de junho de 2006, conforme contas 320400110501 (Amortização de Ágio), até agosto de 2013, e 33120010002 (Amortização Agio), de setembro a dezembro de 2013, à razão de 1/120, o que equivale a uma despesa mensal de R\$ 5.056.439,24, não adicionada ao lucro líquido;

43.2. por tais motivos, foram realizados os lançamentos de ofício das diferenças de IRPJ e CSLL apuradas no Ajuste Anual dos anos-calendário 2012 e 2013;

43.3. a dedução mensal de despesa indevidável provocou também a insuficiência dos recolhimentos mensais de estimativas, apurados em balanços de suspensão /redução, razão pela qual sobre as diferenças não declaradas de IRPJ e CSLL foram aplicadas multas isoladas, com o percentual de 50%, nos termos do artigo 44, II, “b”, da Lei 9.430/96 totalizando, respectivamente, R\$ 6.310.205,61 e R\$ 2.274.790,51, conforme planilha, abaixo, extraída do TVF: (...)

43.4. no curso da presente ação fiscal, foram lavrados os Autos de Infração de IRPJ e CSLL, relativos às amortizações do mesmo ágio, ocorridas no ano-calendário 2011 e formalizados no processo 16682.722538/2016-52, sendo que as pertinentes impugnações foram julgadas improcedentes pela 3ª Turma da DRJ/SPO.

44. A Fiscalizada foi cientificada dos Autos de Infração, em 27/09/2017 (fls. 1925/1.926), e, por meio do instrumento, às fls. 1933./2008, apresentou impugnação, em 24/10/2017, conforme fls. 1930/1932. Alega em síntese que:

44.1. a impugnação é tempestiva;

44.2. em 21/12/2010, iniciou-se procedimento fiscal com o objetivo de analisar a reorganização societária realizada em 2006 e a legitimidade da amortização do ágio que foi gerado na operação de aquisição de participação societária da Impugnante (atual Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. e antiga Brasif Duty Free Shop Ltda.), pela empresa Dufry Brasil Participações Ltda.

44.3. tal procedimento deu origem aos Autos de Infração de IRPJ e CSLL, formalizados no processo nº 16682.721132/2011-48, objetivando a cobrança de supostos débitos de IRPJ e CSLL, relativos aos períodos de apuração de 2006 a 2010.

44.4. esses Autos de Infração foram cancelados integralmente pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e encontram-se arquivados desde 27/05/2016;

44.5. em vista de tal decisão, prosseguiu-se com amortização do ágio gerado na aquisição de participação societária da Impugnante pela Dufry Brasil Participações Ltda;

44.6. entretanto, em 16/11/2015, foi expedido o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (“TDPF”) nº 07.1.85.0-2015-00244-0, que culminou com a lavratura de Autos de Infração de IRPJ e CSLL, referentes ao ano-calendário 2011 (processo 16682.722538/2016-52), e dos presentes Autos de Infração, relativos aos anos-calendário 2012 e 2013, todos decorrentes da mesma operação de aquisição de participação societária realizada em 2006, que deu origem ao processo 16682.721132/2011-48, julgado definitivamente favorável à Impugnante;

44.7. segundo a Autoridade Fiscal, a Impugnante teria supostamente realizado exclusões indevidas de valores a título

de amortização de ágio quando da apuração do lucro real nos anos-calendário de 2012 e 2013;

44.8. entendeu-se, erroneamente, que o ágio gerado em tal operação não poderia ser amortizado para fins tributários, dado que a Impugnante teria estruturado a operação de tal forma que seu único intuito teria sido o de obter o benefício fiscal da dedutibilidade do ágio, em virtude de suposta falta de propósito negocial;

44.9. a Autoridade Fiscal aplicou, ainda, multa isolada sobre as reduções nas estimativas mensais de IRPJ e CSLL;

44.10. preliminarmente, as operações societárias que deram origem ao ágio e à sua amortização, questionada novamente por meio do presente processo e do processo nº 16682.722538/2016-52, já foram devidamente analisadas, discutidas e chanceladas pelo CARF, em decisão definitiva favorável à Impugnante;

44.11. a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF declarou a improcedência do lançamento de IRPJ e CSLL, no processo administrativo 16682.721132/2011-48, entendendo que a operação em discussão é totalmente válida, legal e, assim, passível de amortização do respectivo ágio;

44.12. uma vez que o Recurso Especial Fazendário não foi admitido, a decisão é definitiva, não havendo que se falar em falta de substância ou propósito negocial;

44.13. mesmo diante dos mesmos fatos, do mesmo direito e decorrente do mesmo procedimento de fiscalização, foram realizados novos lançamentos;

44.14. somente seria possível efetuar novo lançamento caso fosse comprovado qualquer fato novo em relação ao que foi decidido, o que certamente não ocorreu;

44.15. qualquer pretensão sem suporte em diferenças fáticas à situação já analisada e chancelada, configura ofensa ao artigo 42, inciso II, do Decreto nº 70.235/72;

44.16. não procedem os argumentos expostos no Acórdão da DRJ/SPO (processo nº 16682.722538/2016-52), na medida em que, a despeito de a presente autuação se tratar de ano-calendário diverso dos discutidos no processo administrativo nº 16682.721132/2011-48 (e no processo nº 16682.722538/2016-52), as operações que deram origem ao ágio e sua amortização são as mesmas e já foram autorizadas pelo CARF;

44.17. caso a decisão administrativa tivesse sido desfavorável à Impugnante, esta teria ciência de que, caso continuasse a amortizar o ágio, certamente seria punida, entretanto, uma vez que a decisão lhe foi favorável não há porque deixar de aproveitar um benefício previsto em lei e que foi chancelado pela própria Administração Pública (transcreve textos da doutrina e da jurisprudência);

44.18. a lavratura dos presentes *Autos de Infração* configura evidente falta de segurança jurídica e de boa-fé por parte da Autoridade Fiscal, que é vinculada à Administração Pública;

44.19. tal atitude configura a lesão a um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica, pois, se o contribuinte, mesmo após decisão administrativa definitiva favorável, temer, ao colocar em prática um direito validado pelo próprio Poder Executivo (amortização do ágio), não se está diante de uma democracia;

44.20. de conformidade com o que decidiu o extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão 1102-00.155, de 25/02/2010, sendo evidente o nexo de causalidade entre os fatos e a fundamentação jurídica do processo nº 16682.721132/2011-48 e os do presente processo, conclui-se que igual entendimento deve ser dado aos dois processos, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica;

44.21. no mérito, o lançamento é improcedente;

44.22. os lançamentos tributários têm por fundamento o argumento de que o ágio gerado na aquisição da participação societária da Impugnante decorreu de uma operação sem propósito negocial ou substância econômica, com o único intuito de obter a redução de tributos por meio da amortização do ágio;

44.23. no entender da Autoridade Fiscal, a vantagem foi obtida pela adoção de forma mais complexa para a realização da operação, qual seja, a criação de uma empresa holding no Brasil (Dufry do Brasil Participações Ltda.) para a geração de ágio na aquisição de participação societária, ao invés da compra direta das ações por acionista estrangeiro (Delmey S.A.);

44.24. no entanto o fato de a aquisição ter sido efetuada pela Dufry Brasil e não diretamente pela Delmey SA ocorreu por conta de uma série de motivos, que não remontam conexão com o registro do ágio, ou seja Dufry Brasil não representa empresa veículo fundada com o único intuito de obter o benefício da amortização do ágio.;

44.25. o registro do ágio foi consequência do fato de a Dufry Brasil ter efetivamente adquirido a participação societária e pago, pelas quotas da Impugnante, valor superior ao registrado em seu patrimônio líquido contábil (transcreve trecho da decisão do CARF no processo 16682.721132/2011-48 e trecho de parecer com enfoque contábil destinado à Impugnante);

44.26. no ano de 2005, o Grupo Dufry, desejando firmar participação no mercado brasileiro de lojas duty free, iniciou negociações com o Grupo Brasif, que culminaram com a aquisição da Impugnante em 2006;

44.27. 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;

44.28. 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;

44.29. as três empresas operavam em ramos distintos e tinham seu foco próprio, ainda que suas atividades estivessem ligadas ao comércio de bens importados;

44.30. enquanto 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”;

44.31. como a Impugnante passou a atuar em três ramos diferentes, fez-se necessária a criação da Dufry Brasil para coordenar a aquisição;

44.32. a complexidade da operação foi outra razão para a criação desta empresa, em razão dos seguintes aspectos:

a) necessidade de adquirir três empresas, com diferentes realidades de atuação distintas;

b) necessidade de agilizar a aquisição em face de concorrentes internacionais que também estavam interessados na compra da Brasif, tendo sido fundamental que a Dufry Brasil internasse os recursos necessários para a aquisição;

c) as negociações não eram feitas com um vendedor, mas com seis vendedores pessoa física brasileiras;

d) tratava-se de atividade altamente regulada, necessitando de uma série de aprovações pelas autoridades tributárias e aeronáuticas;

e) pela quantia envolvida era necessário notificar a aquisição e se submeter à análise dos órgãos de defesa da concorrência;

f) aventureu-se a possibilidade de a Dufry Brasil realizar Oferta Pública de Ações após a aquisição;

44.33. pela legislação brasileira, para a realização de investimento estrangeiro no Brasil são necessários diversos requisitos, tais como: a) outorgar três procurações a advogados residentes no Brasil, a um custo médio anual de US\$ 8.000, para representação societária e recebimento de citação em relação a cada uma das empresas adquiridas, sendo que cada uma das procurações deve ser traduzida por tradutor juramentado e

registrada no Cartório de Títulos e documentos, procedimentos que, além de demandarem tempo, possuem um alto custo; b) após o registro da Delmey, junto ao Banco Central do Brasil, haveria a necessidade de criar três registros no Módulo Investimento Estrangeiro Direto (RDE-IED), tendo em vista a existência de investimento em três sociedades; c) por serem seis, os vendedores, haveria a necessidade de dezoito contratos de câmbio para realização do pagamento pela Delmey;

44.34. a aquisição do investimento nas três sociedades pela Delmey triplicaria os custos envolvidos na operação e, o que é mais grave, causaria atrasos à negociação.

44.35. mesmo se a Delmey e os seis vendedores chegassesem a um acordo quanto aos termos da venda e outros concorrentes ao negócio fossem afastados, a falta de coordenação das negociações levaria à demora em sua conclusão, fato que ocasionaria um sério prejuízo financeiro à compradora, tendo em vista que, à época, a Brasif tinha um faturamento diário de aproximadamente R\$ 1,979 milhões;

44.36. a cada dia a mais que o negócio levasse para ser concluído, a compradora deixaria de faturar R\$ 1,979 milhões!

44.37. as negociações envolveram também garantias em face de possíveis contingências, o que implicou a criação de depósito em garantia (“escrow account”) em banco brasileiro, correspondente a 7,5% do valor do negócio;

44.38. a Dufry Brasil, na qualidade de compradora, efetuou o depósito em garantia junto ao Banco Bradesco S.A e, se ela não existisse, a constituição desta conta no Brasil demandaria muito mais providências burocráticas e regulatórias, tendo em vista que o investidor estrangeiro seria obrigado a abrir conta-corrente de não-residente, pagando mais taxas bancárias e demorando mais tempo para o fechamento do negócio;

44.39. a “escrow” (ou caução) não tem outra finalidade que não seja a garantia contratual aos compradores relativamente a eventuais contingências dos vendedores, não tendo qualquer finalidade de hedge, ao contrário do que propõe a Fiscalização;

44.40. a Impugnante detinha a concessão de uso da infraestrutura aeroportuária, razão pela qual a INFRAERO foi devidamente informada sobre a compra pela Dufry Brasil, e, naquela oportunidade entendeu que a operação, tal como foi implementada, não implicava qualquer alteração à concessão concedida para a Impugnante;

44.41. A Dufry Brasil foi responsável por coordenar o cumprimento das obrigações de notificação às autoridades concorrentiais, visando a demonstrar que a aquisição então efetuada não representava qualquer dano ou ameaça à concorrência, ou aos consumidores, sendo que no final do mês de maio de 2006, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SAE”) emitiu parecer favorável, recomendando a aprovação

da operação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”);

44.42. o CADE não impôs qualquer restrição ou obrigação de vender a Brasif, em todo ou em parte, por não se tratar de ato de concentração econômica;

44.43. a Dufry Brasil teve também seu papel durante o período imediatamente posterior à compra da Impugnante, período de transição, pois com o apoio da Dufry Brasil, representantes do Grupo Dufry trabalharam no planejamento estratégico das futuras atividades da Impugnante e na revisão de seus cargos e funções, bem assim na identificação dos pontos fortes e fragilidades do negócio;

44.44. para reforçar o papel da Dufry Brasil, destaque-se que, inicialmente, o Grupo Dufry não havia definido se a Dufry Brasil seria ou não incorporada na Impugnante ou em qualquer das empresas adquiridas;

44.45. o Grupo Dufry indicou para a presidência da Dufry Brasil o Sr. Humberto Eustáquio César Mota, que recebeu a incumbência, evidenciada em carta, de chefiar as áreas relações institucionais, planejamento estratégico e desenvolvimento de novos negócios, assuntos jurídicos e comunicação corporativa, o que denota que, de fato, não se descartava a possibilidade de a Dufry Brasil também ter suas operações;

44.46. a Dufry Brasil foi criada para desempenhar funções operacionais, as quais seriam imprescindíveis para o desenvolvimento e a expansão das atividades do Grupo Dufry no Brasil, o que demonstra seu inequívoco propósito negocial;

44.47. uma vez que os temas fundamentais da aquisição da Impugnante estavam bem encaminhados – efetivação da compra, depósito-garantia, concordância da INFRAERO e dos órgãos concorrentiais – o Grupo Dufry entendeu por bem simplificar a sua estrutura societária no Brasil, mediante a incorporação da Dufry Brasil pela Impugnante, o que foi feito, levando à redução dos custos operacionais no Brasil;

44.48. a Dufry Brasil, durante todo o período em que existiu, exerceu papel fundamental para a concretização do negócio, que, se fosse realizado diretamente pela Delmey S.A, haveria o risco de ocorrer substanciais atrasos – que resultariam em perda de receita para a Impugnante, bem como na possibilidade de um concorrente efetuar oferta para os vendedores, tendo em vista os requisitos burocráticos relacionados à aquisição de investimento por pessoa jurídica não residente;

44.49. ao contrário do entendimento da Autoridade Fiscal, a conclusão é de que, sem a Dufry Brasil para centralizar todos os assuntos relativos à aquisição e dar agilidade para a operação, esta corria o risco de não se concretizar em face da existência de concorrentes para a compra e da complexidade da operação (transcreve trecho de parecer a ela destinado);

44.50. a intenção sempre foi a de que a Dufry Brasil coordenasse a aquisição das participações societárias, agisse positivamente na obtenção das permissões legais para a operação e ainda desenvolvesse negócios no Brasil, sendo equivocado o entendimento de que a Dufry Brasil não era imprescindível à concretização da operação;

44.51. adicionalmente a todas a funções operacionais exercidas pela Dufry Brasil, a empresa, em linha com seu objeto social, também exerceu as funções de holding;

44.52. a própria legislação comercial determina a possibilidade de criação de empresas que tenham como objeto social deter participação societária em outras empresas (artigo 15, da Lei 6.404/76);

44.53. é inquestionável a possibilidade de existir uma sociedade holding, que tenha como única função deter participações societárias, que exerça sua função social independentemente da existência de empregados, ou da geração de despesas ou receitas;

44.54. o conceito de holding é consagrado pela legislação e pela doutrina, razão pela qual não poderia o Agente Fiscal desconsiderá-lo, a teor do artigo 110, do CTN;

44.55. se a legislação tributária não pode alterar definições oriundas de outras áreas do Direito, não poderia o Agente Fiscal fazê-lo;

44.56. se a legislação e a doutrina comercial aceitam o conceito de holding como sendo uma sociedade cujo objeto é deter participação societária em outras empresas, não pode a Fiscalização ignorá-lo;

44.57. é incabível descaracterizar a existência da Dufry Brasil, simplesmente, em função da ausência de empregados ou de receitas ou despesas próprias;

44.58. ainda que se desconsidereem todas as evidências de que a incorporação da Dufry Brasil pela Impugnante ocorreu como estratégia econômica e comercial, é importante frisar que o aproveitamento do ágio, mesmo que represente o único elemento motivador da realização das operações societárias, já é suficiente “propósito negocial”, o que valida o planejamento tributário;

44.59. o conceito de “propósito negocial” carrega grande carga de subjetividade e não há qualquer dispositivo legal que conceitue o “propósito negocial” ou a “substância econômica”;

44.60. o Fisco utiliza frequentemente o entendimento de que devem haver outros motivadores para a realização de operações societárias que não a redução de tributo;

44.61. entretanto, desconsidera que os tributos representam um dos maiores impactos financeiros/custos das pessoas jurídicas,

afetando diretamente o lucro (transcreve trechos de decisões do CARF);

44.62. são legítimas as operações societárias realizadas com o intuito de ver a carga tributária reduzida, desde que (i) cumpridas as regras de surgimento, registro, mensuração e amortização do ágio; e que (ii) as operações não sejam realizadas de forma dolosa ou ilícita, condições as quais foram plenamente observadas pela Impugnante nas operações ora discutidas;

44.63. uma vez que a alta carga tributária acarreta altos custos às empresas, as medidas para minimizá-los são essenciais para que, novamente, as empresas alcancem seu maior objetivo, qual seja, auferir lucro;

44.64. ainda que neste comprovado o evidente propósito negocial do ponto de vista econômico e comercial, farta e recente é a jurisprudência do CARF no sentido de que a mera economia de tributo pode ser considerada como “propósito negocial”;

44.65. há de se considerar quais são as condições estabelecidas na legislação tributária à época dos fatos que originaram o ágio para que ocorresse o seu reconhecimento e amortização;

44.66. para o reconhecimento do ágio, requer-se que exista uma empresa (no caso, a Dufry Brasil) que efetue a aquisição de outra empresa (no caso, a Impugnante) e que, por força de dita aquisição, a empresa investida seja considerada como “relevante” e “controlada ou coligada” da empresa investidora, ou seja, requer-se que seja utilizada, para a avaliação do investimento, o método da equivalência patrimonial para avaliação do investimento;

44.67. o reconhecimento do ágio encontra seu fundamento no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, vigente à época das operações ora em análise;

44.68. quando da compra, a Dufry Brasil registrou o ágio, com fundamento na citada norma, e o justificou, com base na lucratividade futura dos negócios da Impugnante, devidamente, suportado por laudo de avaliação, preparado por empresa especializada;

44.69. a Lei nº 9.532/1997, artigos 7º e 8º, veio regular a maneira pela qual o ágio, uma vez reconhecido, deve ser tratado após a incorporação que envolva a empresa investida e a empresa investidora, que causa justamente a extinção de participação societária;

44.70. antes dessa norma, o contribuinte poderia realizar a baixa do ágio na extinção de participação societária como bem lhe aprovou esse.

44.71. a Impugnante cumpriu todos as condições impostas por estas normas, uma vez que restaram comprovados a) tanto a

aquisição e o seu custo, quanto a justificativa econômica do ágio; b) a Dufry Brasil, detentora da participação societária na Impugnante, foi nesta incorporada; c) a Impugnante vem amortizando o ágio em valores mensais inferiores ao limite de 1/60;

44.72. a Impugnante solicitou pareceres específicos a renomados jurista e professor da área contábil, que confirmaram a legalidade da amortização do ágio, objeto do Auto de Infração;

44.73. em nenhum momento a Autoridade fiscal questiona a validade do ágio formado pela aquisição das quotas da Impugnante pela Dufry Brasil e sim quanto ao aproveitamento do ágio, após a incorporação da Dufry Brasil pela Impugnante, afirmindo que tal operação só existiu para fins de dedutibilidade do ágio;

44.74. a Dufry Brasil efetivamente adquiriu e pagou pelas quotas da Impugnante, e por elas pagou preço superior ao valor de patrimônio líquido contábil, conforme documentos que evidenciam as transferências bancárias correspondentes;

44.75. a fim de atender à obrigação de se justificar economicamente o ágio pago, em conformidade com o artigo 385, do RIR/99, a Dufry Brasil contratou os serviços de empresa de consultoria que providenciou a avaliação dos negócios então adquiridos;

44.76. outro aspecto que corrobora a fundamentação econômica do ágio pago pela participação na Impugnante, R\$ 485 milhões, é que as projeções do laudo de avaliação econômica, base para o valor do negócio, foram plenamente atingidas, exceto quanto ao Lucro Líquido de 2008, com a ressalva de que a Receita Bruta de 2008 foi atingida;

44.77. o que também denota que a operação, tal como foi estruturada, não teve como finalidade obter a amortização fiscal do ágio, é o fato de a Impugnante ter utilizado este benefício numa proporção inferior ao que a lei permite, de forma consistente com as projeções econômicas;

44.78. a lei permite prazo de cinco anos, enquanto que a Impugnante passou, a partir de 2006, a amortizar o ágio ao longo de 8 anos;

44.79. a Constituição Federal consagrou a autonomia privada como direito fundamental, que consiste na aptidão conferida à empresa de planejar suas atividades de forma que mais lhes seja mais vantajosa e de se autorregular em suas relações privadas, desde que de acordo com as restrições previstas em lei e observado o interesse coletivo constante de nosso ordenamento jurídico;

44.80. pode-se afirmar que a intervenção estatal encontra limites não só na legalidade estrita, como também na autonomia privada;

44.81. *a despeito da previsão contida no parágrafo único, do artigo 116, do CTN, que não foi regulamentado, o Fisco não está autorizado a desconsiderar qualquer negócio jurídico do contribuinte, mas antes de tudo deve observar os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, levando em consideração a autonomia privada constitucionalmente garantida;*

44.82. *os negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, como a mais legítima expressão de sua autonomia privada, somente poderão ser desconsiderados quando neles verificada qualquer mácula de ilicitude que os tornem ilegítimos e nulos de pleno direito;*

44.83. *a forma pela qual a Autoridade Fiscal entende como correta não tem outra justificativa que não a finalidade arrecadatória, ferindo os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia privada (transcreve texto da doutrina);*

44.84. *a Autoridade Fiscal colocou em dúvida a existência de propósito negocial/substância econômica nas operações realizadas, porém, mesmo que referido propósito não existisse, não se poderia desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação, unicamente por conta das suas motivações econômicas;*

44.85. *referida interpretação passou a ser adotada pelas autoridades fiscais a partir da edição da Lei Complementar nº 104/2001, que considera passíveis de desconsideração pela autoridade administrativa, os atos ou negócios jurídicos que tenham como única finalidade a redução de tributos, ainda que lícitos;*

44.86. *ocorre que tal dispositivo nunca foi regulamentado;*

44.87. *a tentativa de fazê-lo, por meio da MP 66/02, não logrou êxito, pois os dispositivos que tratavam da matéria, abuso de forma e falta de propósito negocial, foram excluídos, quando da conversão da MP na Lei 10.637/2002;*

44.88. *desde então, nenhum outro diploma legal tratou da matéria, de forma que esta permanece à margem do direito positivo;*

44.89. *considerando a ausência de tipificação legal, referida interpretação jamais poderia ser adotada em um sistema jurídico, como o brasileiro, que se baseia na legalidade;*

44.90. *os artigos 5º, II, e 150, I, da CF e, em caráter complementar à Constituição Federal, o artigo 97, do CTN, consagram o denominado “princípio da legalidade”, ou “da reserva absoluta da lei tributária”, de observância compulsória pelos legisladores das diversas exações que compõem o sistema tributário nacional e assim também pelas autoridades fazendárias em geral;*

44.91. em matéria de tributação no Brasil, vigora o princípio da estrita legalidade, em que somente lei em sentido estrito pode criar realidades tributárias, não havendo espaço para qualquer discricionariedade por parte da administração tributária ou do poder executivo, salvo nos casos expressamente excepcionados pela Constituição Federal;

44.92. somente pode ser tributado um fato jurídico que corresponda perfeitamente ao tipo previamente descrito no antecedente da regra matriz de incidência tributária;

44.93. a tipicidade é, em última instância, uma garantia da legalidade e da segurança jurídica, pois impede que a administração tributária crie e tribute fatos jurídicos tributários não previstos na legislação;

44.94. a denominada norma antielisão não foi ainda positivada, logo não pode ela servir de parâmetro para a análise de negócios jurídicos;

44.95. qualquer tentativa de desqualificar atos jurídicos, com base na exigência de propósito negocial, deve ser afastada, por violação aos princípios constitucionais;

44.96. a Autoridade Fiscal tenta fundamentar a operação na existência de abuso de forma ou de direito, o que não pode prosperar;

44.97. a Constituição Federal consagrou a livre iniciativa e a autonomia privada como direitos fundamentais e a aplicação de tais princípios não deve ser vedada ou restringida pelas Autoridades Fiscais, somente por não concordarem com as operações realizadas (transcreve trecho do Acórdão proferido pelo CARF nos atos do processo 16682.721132/2011-48);

44.98. conforme afirma, acertadamente, o Conselheiro do CARF o contribuinte tem autorização legal para estruturar sua atividade empresarial de forma que lhe seja menos onerosa, tendo em vista que seria “desarrazoado sustentar que o contribuinte, diante de dois caminhos lícitos, fosse obrigado a escolher aquele que fosse tributariamente mais oneroso”.

44.99. a recente jurisprudência do CARF entende que a utilização de holdings para a aquisição de participações societárias não configura conduta ilícita ou abusiva (transcreve trechos de Acórdãos);

44.100. para que se configure o abuso de direito, deve-se ter os seguintes elementos: (i) o sujeito, (ii) o direito subjetivo e (iii) o prejuízo a terceiros;

44.101. a relação jurídico-tributária é uma relação irreflexiva, não havendo possibilidade de troca na posição dos sujeitos e, por isso, nunca será o contribuinte (sujeito passivo) titular de qualquer direito subjetivo perante o Fisco (sujeito ativo), o que

evidencia o descabimento de qualquer acusação de abuso de direito na operação de que trata o presente processo;

44.102. é evidente a percepção de que a Impugnante não possuía qualquer direito subjetivo, oponível às autoridades fiscais, que pudesse ser objeto de abuso;

44.103. portanto, descabe qualquer acusação de abuso de direito, no caso concreto, tendo em vista que a Constituição Federal consagra a livre iniciativa e a autonomia privada como princípios, que são aplicados de forma extensiva, e, caso assim não se entenda, é incabível falar-se em abuso de direito em matéria tributária;

44.104. diferentemente do alegado pelas autoridades fiscais, cabe também atentar para o fato de que a incorporação realizada, embora seja reversa, não corresponde a uma incorporação às avessas; que se refere às operações em que a controlada incorpora a controladora, com único objetivo de preservar a base de prejuízos fiscais da incorporadora (controlada), após a incorporação;

44.105. em tais casos, a incorporadora passa a adotar, ato contínuo, as características comerciais da controladora;

44.106. as incorporações reversas, como no caso presente, são simplesmente aquelas em que a empresa controlada incorpora o acervo líquido de sua controladora, sucedendo-lhe universalmente em bens, direitos e obrigações;

44.107. incorporações às avessas são gravadas de simulação e, por isso, são passíveis de questionamento, entretanto, esse não é o caso presente, no qual a incorporadora, era a empresa operacional e lucrativa que incorporou uma sociedade holding, criada para viabilizar a aquisição da empresa operacional;

44.108. do ponto de vista econômico e empresarial, a incorporação deveria ter sido da holding pela operacional, não fazendo qualquer sentido a incorporação da Brasif pela Dufry Participações;

44.109. a operação realizada é tão somente uma incorporação reversa, realizada nos termos previstos pela legislação e com a real intenção de transferir à empresa sucessora, o acervo líquido da sucedida;

44.110. tal hipótese é valida e está prevista no §6º, II, do art. 386, do RIR/99, com base legal no artigo 8º, da Lei 9.532/97;

44.111. não há qualquer motivo para que se questione a incorporação ocorrida, haja vista que (i) a legislação fiscal prevê a incorporação reversa como hipótese para início da amortização do ágio e (ii) a operação, tanto em sua forma, quanto em sua essência é legítima, tendo sido realizada sem qualquer sombra de simulação;

44.112. *inexistem operações em série com a finalidade de prejudicar o Fisco;*

44.113. *as etapas ocorridas foram absolutamente necessárias à consecução do negócio, inexistindo, como se verifica em outros casos, a criação de sociedades veículo para, de forma artificial, carregar-se o ágio entre empresas;*

44.114. *as etapas ocorridas foram tão somente três: (a) criação da empresa holding para coordenar as negociações; (b) aquisição das ações da Impugnante e (c) incorporação da holding pela Impugnante;*

44.115. *os demais atos narrados pela Fiscalização não são relevantes à operação e não tiveram qualquer impacto fiscal;*

44.116. *o ágio surgiu tão somente por conta da aquisição das quotas da Brasif pela empresa holding, o que efetivamente ocorreu, justificando, portanto, a geração do Ágio;*

44.117. *não basta que a operação tenha etapas, é preciso que essas etapas ocorram de maneira desmotivada, visando tão somente à obtenção de tratamento fiscal mais vantajoso, o que não é o caso;*

44.118. *os passos mencionados na operação foram necessários para que se implementasse a aquisição da Requerente, havendo diversos motivos negociais que embasam a operação da forma como ocorreu, sendo inadmissível aplicar o conceito de “operações estruturadas” ou de “step up transactions”, no caso concreto;*

44.119. *sob a alegação de que houve falta de recolhimento de IRPJ e CSLL, a título das estimativas mensais, foi lançada multa isolada, com base nos artigos 28 e 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96. assim como também foram lançados os valores que se entendeu como devidos a título de IRPJ e CSLL, apuradas ao final do ano-calendário, com os respectivos acréscimos de multa de ofício de 75% e juros de mora incidentes desde o seu vencimento.*

44.120. *exige-se concomitantemente multa de ofício isolada e multa de ofício proporcional, prevista pela Lei nº 9.430/96, no artigo 44, I;*

44.121. *ocorre que não se atentou ao fato de que esta questão já está pacificada pela Súmula CARF nº 105;*

44.122. *de fato tal situação configura dupla e inadmissível imposição de pena ao mesmo fato, razão pela qual a multa proporcional, prevista pelo artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 absorve a multa isolada, o que nada mais é do que o fenômeno da consunção;*

44.123. *a consunção, em analogia ao Direito Penal, ocorre quando alguém comete um crime como meio para a prática de*

outro delito, sendo que a primeira infração deve ser absorvida pela segunda, havendo apenas tipificação única;

(...)

44.130. no caso, serão exigidos, sobre as multas de lançamento de ofício aplicadas, juros moratórios calculados pela Taxa SELIC, contados a partir do 30º dia dos respectivos lançamentos fiscais;

44.131. a respeito dos juros de mora e da multa, a primeira norma geral é aquela do art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN) e a lei referenciada neste artigo é o Decreto-lei nº 2.323/87, o qual “Dispõe sobre a atualização monetária de débitos fiscais e dá outras providências”, e proíbe taxativamente a incidência de juros sobre multa;

(...)

44.139. deve ser afastada a cobrança de juros moratórios sobre as multas constituídas pelos Autos de Infração, uma vez que afronta o art. 161. do CTN, art 2º, I, da Lei 9.784/99, art. 142, do CTN, art. 10 do Decreto 40.235/72, art. 5º, IV, da CF; DL 2.323/87 e art 110, do CTN;

44.140. a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que os juros de mora não podem ser aplicados sobre o valor da multa de ofício e o CARF também passou a decidir dessa forma;

45. Do exposto,a Impugnante requer, preliminarmente, sejam cancelados os Autos de Infração, em razão de o ágio gerado e suas amortizações terem sido objeto de decisão definitiva do CARF que lhe foi favorável, nos autos do processo 16682721132/2011-48, no mérito, sejam os lançamentos tributários cancelados em face das provas apresentadas e, subsidiariamente, sejam afastadas a multa isolada assim como os juros incidentes sobre a multa de ofício e isolada;

Ato contínuo, o processo foi encaminhado à 3ª Turma de Julgamento da DRJ/SPO, que julgou totalmente procedente o lançamento, rejeitando a Impugnação apresentada. Confira-se a ementa daquele v. Julgado *a quo*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

IRPJ. ÁGIO. INVESTIDORA SEDIADA NO EXTERIOR. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO. DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio é amortizável quando a investidora absorve o patrimônio da investida e vice-versa, em razão de incorporação, fusão ou cisão.

A real investidora é a empresa que despendeu os recursos necessários para o investimento e não a empresa veículo, receptora desses recursos, que, ato contínuo, adquire as quotas da investida, para depois ser incorporada por esta

Não há absorção de patrimônio quando a real investidora e a investida permanecem com personalidades jurídicas distintas, aquela sediada no exterior e esta no Brasil.

É indevidível do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a despesa de amortização de ágio, criado na contabilidade, mediante a utilização de empresa veículo

EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento tem por base os efeitos tributários decorrentes das condutas efetivamente praticadas pelos contribuintes, ainda que os negócios jurídicos, formal e individualmente considerados, aparentem outra realidade.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO.

Encerrado o ano-calendário, o lançamento deve contemplar multa isolada, incidente sobre as estimativas devidas e não recolhidas, bem como o IRPJ e a CSLL devidos, em 31 de dezembro, e não recolhidos, acrescidos de multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA

A multa de ofício é parte integrante do crédito tributário, portanto, tal como ocorre com os impostos e contribuições, sujeita-se, a partir de seu vencimento, à incidência de juros de mora

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

CSLL. DECORRÊNCIA

Em se tratando de infrações que dependem dos mesmos elementos de prova, aplicam-se, ao Auto de Infração da CSLL, as razões de decidir pertinentes ao IRPJ.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013

DECISÃO ANTERIOR FAVORÁVEL AO SUJEITO PASSIVO. PERÍODOS DE APURAÇÃO DIVERSOS. INAPLICÁVEL OS EFEITOS DA COISA JULGADA.

Não produz efeitos de coisa julgada, decisão anterior, que, embora favorável ao sujeito passivo, trate de cobrança de tributo relativo a período de apuração diverso daquele que compõe a lide.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Diante de tal revés total, a Contribuinte apresentou o Recurso Voluntário, ora sob apreço, repisando os argumentos de sua Impugnação e fazendo alusão específica aos termos do v. Acórdão recorrido, apontando as razões da necessidade de sua reforma.

Posteriormente foram juntadas petições referentes à outorga de poderes de representação, bem como pedido de adiamento de julgamento, prontamente sendo apresentado novo petitório requerendo a desconsideração de tal último pleito.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella - Relator

O Recurso Voluntário é manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Preliminarmente, a Recorrente alega que, tendo em vista que o Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48 tratou da glosa do mesmo ágio percebido, precisamente oriundo das mesmas operações societárias (mas eferente ao seu aproveitamento nos anos-calendário de 2006 a 2010), deveria, então, neste feito, por força do *princípio da segurança jurídica*, ser aplicado o mesmo entendimento estampado no Acórdão nº 1302-001.182, que exonerou integralmente o crédito tributário.

Afirma que a transação em questão, com todos seus elementos estruturais, comerciais e societários, já foi plenamente chancelada pela Administração tributária federal, não podendo ser *novamente* questionada. Invoca os art. 42 e 45 do Decreto nº 70.235/72, trazendo excertos de jurisprudência deste mesmo E. CARF, referente à *coisa julgada administrativa*, de doutrina de Direito Administrativo, bem como passagem de julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, o qual versa sobre a garantia de segurança jurídica dos administrados.

Para melhor ilustrar, confira-se a ementa do Acórdão nº 1302-001.182, de relatoria do I. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, de 1º/11/2013:

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.

Inicialmente, deve se esclarecer que, sob a ótica exclusiva do corolário da segurança jurídica, constitucionalmente prestigiado, a alegação da Recorrente guarda profunda relevância. É certo e inquestionável que a relação entre Fisco e contribuintes deve ser pautada pelos valores da segurança jurídica, da certeza do Direito, da lealdade e da *não surpresa*.

E é certo que o cerne fático da demanda e do fundamento acusatório é o emprego de *empresa veículo* (companhia *holding*, nacional) na transação de aquisição de participação societária que deu margem ao ágio, amortizado desde de 2006 pela ora Recorrente. Tal elemento está indiscutivelmente presente em ambas as Autuações - a presente e aquela tratada no Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48.

Desse modo, claramente existe forte *conexão factual* entre as lides.

Contudo, deve-se ter em vista que o efetivo objeto de jurisdição aqui não é a legalidade da *operação societária* perpetrada entre 2005 e 2006, mas, sim, as exigências de IRPJ e CSLL, frutos exclusivos da glosa das parcelas de ágio amortizado, nos anos-calendário de 2012 e 2013.

Assim, já temos que não há a identidade do objeto jurisdicional, propriamente considerado. Mais do que isso: as exigências não só tratam de períodos diferentes, mas, naturalmente, foram objetos de lançamentos de ofício distintos, cada um contando com seus próprios elementos constitutivos e critérios jurídicos (fato este que será, mais adiante melhor abordado). Nessa esteira, nos termos dos arts. 142 e 149 do CTN, além do arcabouço factual apurado e relatado pela Autoridade Fiscal, existem muitos outros elementos técnico-jurídicos distintos, que compõem o lançamento de ofício, atribuindo-lhe individualidade e autonomia - inclusive processual.

Posto isso, tratando-se de objetos de jurisdição administrativa manifestamente diferentes, não há em se falar em *coisa julgada administrativa*, como alegado.

Frise-se que a Recorrente, neste tópico do seu Recurso Voluntário, não invoca o art. 146 do CTN, não se tratando aqui de alegação de *modificação dos critérios jurídicos do lançamento* - instituto diferente da *coisa julgada* em esfera de jurisdição administrativa, o qual conta com regulamentação legal própria em norma geral de Direito Tributário.

Se os processos ainda estivessem tramitando, até seria discutível uma eventual relação de *vinculação*, mas, sumariamente, já descarta-se tal hipótese, em face do encerramento da tramitação do Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48.

Não obstante, adicionando complexidade à presente preliminar, existe um outro feito administrativo, qual seja, o Processo Administrativo nº 16682.722538/2016-52, que trata da glosa do *mesmo* ágio, aproveitado no ano-calendário de 2011. Em tal processo, já

existe decisão de Recurso Voluntário, que não reconheceu a necessidade de mesmo desfecho do Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48, mantendo a glosa do ágio e apenas dando provimento ao *Apelo* para cancelamento parcial da sanção isolada.

Confira-se a ementa do Acórdão nº 1401-002.725, de relatoria da I. Conselheira Lívia de Carli Germano, de 24/08/2018:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 CTN. INEXISTÊNCIA. DIFERENTES FATOS GERADORES. ANOS-CALENDÁRIO DIVERSOS.

O artigo 146 do CTN não engessa a atividade do fisco quanto a diferentes fatos geradores, mesmo que referentes à mesma operação societária. Assim, tal dispositivo não impede que as autoridades fiscais possam lavrar um auto de infração referente a um ano-calendário sob determinado fundamento e, para o ano-calendário seguinte, alegar outro fundamento para uma nova autuação.

ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. EFETIVA EXISTÊNCIA DA ADQUIRENTE. EMPRESA VEÍCULO.

Mesmo uma holding pura requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ. Não há a geração de ágio na situação em que, no momento da aquisição, a holding dita adquirente era apenas um CNPJ, existente no âmbito formal, mas materialmente vazia.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ABSORÇÃO OU CONSUNÇÃO.

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Tratando-se de mesmo tributo, esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

JUROS SOBRE MULTA. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

Tal processo ainda tramita da 1^a Seção¹, já existindo Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Porém, como já manifestado anteriormente em diversas outras oportunidades, pela leitura que extraí do art. 6 do Anexo II do RICARF vigente, não existe qualquer norma processual imperativa que obrigue a reunião de demandas (ou o sobrestamento de alguma delas) referentes a glosa de deduções/amortizações das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de períodos distintos, formalizadas por meio de Autuações independentes, ainda que possuam uma *raiz factual* idêntica ou semelhante.

Posto isso, não há qualquer óbice para se proceder, livremente, ao julgamento da presente contenda. Os Acórdãos proferidos nos autos dos Processos Administrativos nº 16682.722538/2016-52 e nº 16682.721132/2011-48 são meros elementos que podem construir o convencimento motivado dos Julgadores competentes para o juízo a ser feito nessa demanda - nada mais que isso.

Rejeita-se, então, a preliminar alegada pela Recorrente.

Antes de adentrar o mérito da demanda, analisando o Termo de Verificação Fiscal que compõe a Autuação (fls. 1900 a 1921), como relatado, nota-se que a infração baseia-se exclusivamente na constatação pela Fiscalização de *falta de propósito negocial na operação*, quando valeu-se de companhia *holding* no Brasil para a aquisição de participação societária, e na ausência de *propósito empresarial autônomo* desta empresa, *Dufry do Brasil Participações Ltda* - que não teria *legitimidade* para deter o dispêndio do ágio.

Acrescenta-se que a utilização de tal *empresa veículo* deu-se exclusivamente para viabilizar o registro e aproveitamento do ágio no Brasil e que os motivos apresentados como justificativa para a criação da empresa *Dufry do Brasil Participações Ltda.* não se revelaram imprescindíveis à concretização da operação. Eis que as formalidades alegadas poderiam ter sido cumpridas por um simples representante do real adquirente: *Delmey S.A.*

Diante disso, a Autoridade Fiscal entendeu que - não obstante a empresa Dufry do Brasil Participações Ltda ter sido devidamente constituída como holding, capitalizada pelos sócios, figurado comercialmente como adquirente e ter efetuado o pagamento da aquisição de quotas procedidas - a *real adquirente* era a *DELMEY S.A.*, uruguai e, logo, a verdadeira detentora das despesas correspondentes.

¹ <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf>

Certamente, sem margem para dúvidas, tal procedimento constitui a *requalificação dos fatos jurídicos* apurados pela Autoridade Fiscal, permitindo o lançamento de ofício do modo como procedido.

Tal postura Fiscal é medida extrema, sendo prerrogativa excepcional da Fazenda Pública desconsiderar atos e negócios do contribuinte (requalificando-os, então), os quais presumem-se válidos, assim como a *identidade* e *autonomia* de uma empresa regularmente constituída, devendo, então, ser devidamente demonstrada a ocorrência da sua hipótese legal autorizadora de tal manobra, alicerçada em comprovação de sua ocorrência concreta, de maneira inequívoca.

Pois bem, antes de se adentrar no entendimento deste Conselheiro sobre diante de quais circunstâncias poderia a Autoridade Fiscal proceder a tal artifício, nota-se que no TVF não existe passagem em que aponta para o cometimento de qualquer ilícito ou mesmo se constrói acusação de simulação ou fraude ou, ainda, de ocorrência de dissimulação ou abuso (seja de direito ou mesmo de forma).

A Autoridade Fiscal cinge-se a apontar *falta de propósito negocial na operação* e a ausência de *propósito empresarial autônomo* da companhia *holding*, demonstrando que não era imprescindível tal modelo operacional adotado pela Contribuinte.

Confirmado, confira-se a íntegra da parte do TVF que versa sobre a *Infração* da Recorrente e o suposto fundamento para a *requalificação* procedida:

Considerando os fatos narrados, verifica-se que a operação efetiva objeto da presente ação fiscal consistiu na aquisição das quotas da sociedade Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. (então denominada Brasif Duty Free Shop Ltda.), ora fiscalizada, pela sociedade Delmey S.A., constituída e sediada no Uruguai.

Ocorre que, se a substância da operação realizada estivesse representada pela sua forma jurídica correspondente – aquisição direta pelo grupo estrangeiro, não haveria a possibilidade legal da dedução da despesa de amortização do ágio pago nessa aquisição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Dessa forma, com vistas a contornar o impedimento legal referente à dedutibilidade do ágio pago na aquisição da participação societária, foi engendrada a operação que consistiu nos passos descritos no item IV, os quais são sintetizados a seguir:

- 1. Aquisição da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. (empresa veículo) pela Delmey S.A.*
- 2. Aumento do capital social da Dufry do Brasil Participações Ltda. pela Delmey S.A. no montante de R\$ 53.531.500,00.*
- 3. Empréstimo de US\$ 225.950.000,00 à Dufry do Brasil Participações Ltda. pela sua controladora Delmey S.A.*
- 4. Aquisição das quotas da sociedade Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada) pela Dufry do Brasil Participações Ltda. com os recursos mencionados nos itens 2 e 3.*
- 5. Incorporação da Dufry do Brasil Participações Ltda. pela sua controladora, a então Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada) com aproveitamento do ágio gerado na operação da compra de quotas.*

Vários fatores evidenciam a falta de propósito negocial na operação efetuada. A análise da escrituração da Dufry do Brasil Participações Ltda. é um desses fatores. Na conta que representa as disponibilidades da sociedade – Bancos – 101011001 constam somente os seguintes registros referentes ao ano-calendário de 2006, transcritos a seguir.

Integralização do Capital pela Delmey				
Data	Cód. Conta	Descrição	Valor	D/C
23/03/2006	1010110010100	1010110010100	53.531.500,00	D
23/03/2006	2300101014010	CAPITAL SOCIAL A SUBSCREVER	53.531.500,00	C

Empréstimo em Moeda Estrangeira da Delmey				
Data	Cód. Conta	Descrição	Valor	D/C
23/03/2006	1010110010100	1010110010100	483.588.497,00	D
23/03/2006	2100110013150	Emprestimos Moeda Estrangeira-Delmey Sociedad	483.588.497,00	C

Aquisição da Brasif Duty Free Shop e outras com ágio				
Data	Cód. Conta	Descrição	Valor	D/C
23/03/2006	1200101104550	Dufry Do Brasil Duty Free Shop Ltda.	485.418.166,65	D
23/03/2006	1200101104550	Dufry Do Brasil Duty Free Shop Ltda.	39.234.501,04	D
23/03/2006	1200101014437	EMAC Comercio e Importação Ltda.	4.240.993,05	D
23/03/2006	1200101104533	EMAC Comercio e Importação Ltda.	3.679.006,95	D
23/03/2006	1200101014460	Iperco Comercio Exterior S/A	2.727.885,85	D
23/03/2006	1010110010100	1010110010100	535.086.667,69	C
23/03/2006	1200101104560	Iperco Comercio Exterior S/A	213.885,85	C

É de se notar que todos os registros contábeis se referem a fatos ocorridos na mesma data, 23/03/2006.

Acrescente-se que a escrituração integral da Dufry do Brasil Participações Ltda. (doc. 3, apresentado no curso do procedimento fiscal anterior) não revela quaisquer outras atividades empresariais que não aquelas relacionadas à aquisição das sociedades do grupo empresarial: Brasif Duty Free Shop Ltda., Iperco Comércio Exterior S/A e EMAC Comércio e Importação Ltda. É de se notar que o valor referente à aquisição das duas últimas empresas é muito inferior ao referente à aquisição da fiscalizada.

Nessa escrituração, observa-se, ainda, que os registros contábeis se limitam ao período de 07/03/2006 a 01/06/2006, não havendo registro algum referente a pagamentos a empregados, aquisição de bens integrantes do ativo imobilizado, manutenção da sede ou quaisquer outros inerentes às atividades empresariais comuns de qualquer sociedade. Mesmo quando se cria uma holding (pessoa jurídica destinada a participar de outras pessoas jurídicas) no Brasil, a empresa conta com uma estrutura com empregados e sede para realizar seu objeto social. Ou seja, possui substância econômica, gera empregos etc. Constata-se, dessa forma, que, durante sua curta existência (menos de oito meses, sendo que apenas três meses após ter sido adquirida pela Delmey S.A.) não houve qualquer operação na Dufry do Brasil Participações Ltda. que tivesse fim empresarial – seja de natureza comercial, industrial ou de prestação de serviços. Sua única finalidade foi a de, no papel de entidade facilitadora (empresa veículo) no processo de aquisição das quotas das sociedades Brasif Duty Free Shop Ltda., Iperco Comércio Exterior S/A e EMAC Comércio e Importação Ltda., proporcionar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio.

Outro fator a ser considerado é o empréstimo de duzentos e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta mil dólares concedido pela Delmey S.A. para sua controlada, Dufry do Brasil Participações Ltda. Qual seria o sentido de se fornecer um empréstimo de tal valor para uma pessoa jurídica que seria extinta em curto espaço de tempo? Tal procedimento é mais uma evidência da falta de propósito negocial na operação engendrada.

Ao ser questionado pela fiscalização, no Termo de Intimação nº 5 (lavrado no curso do MPF nº 07.1.85-2010-00340-6), sobre o propósito negocial que teria levado a Delmey S.A. a adquirir a Dufry do Brasil Participações Ltda., o contribuinte não logrou esclarecer este ponto, pois os motivos apresentados (discriminados no item II) não justificam a existência dessa sociedade.

A argumentação de que a Dufry do Brasil Participações Ltda. seria fundamental para a realização do negócio, pois a sua finalização através de uma entidade não residente seria demasiadamente onerosa, difícil e de resultados incertos, não é suficiente já que todos os recursos empregados, todas as garantias fornecidas e toda a capacidade operacional para a realização da operação foram proporcionados pela Delmey S.A. mediante aumento de capital e concessão de empréstimo à Dufry do Brasil Participações Ltda.. Assim, a realidade é que as pessoas físicas, então quotistas da Brasif Duty Free Shop Ltda. negociaram suas quotas com a Delmey S.A., e não com a Dufry do Brasil Participações Ltda.

A emissão de parecer favorável da Secretaria de Acompanhamento Econômico – CADE – bem como a aprovação pela INFRAERO não estavam, de maneira alguma, condicionadas à criação de outra empresa, mesmo porque essa

sociedade não tinha qualquer autonomia, capacidade financeira ou operacional para a realização dessa operação. Os parâmetros para as referidas concessões envolvem variáveis de naturezas distintas às apresentadas na argumentação exposta, até porque se existissem restrições à realização de aquisições societárias por empresas situadas no Uruguai, não seria a criação de empresa interposta que viabilizaria a operação.

Da mesma forma, não se justifica a utilização da Dufry do Brasil Participações Ltda. em função da necessidade de abertura de conta bancária de caução (escrow account) para o depósito da parcela correspondente à 7,5% do negócio (item 2.5 do Acordo de Compra e Venda de Ações Reformulado, doc. 4). Tal cláusula foi estabelecida simplesmente pela vontade das partes, não havendo qualquer determinação legal para isso.

Destaca-se o fato de que todos os recursos para a concretização da operação foram supridos pela empresa uruguaia Delmey S.A. Assim, qualquer garantia eventualmente necessária à realização da operação poderia ter sido fornecida diretamente pelo real adquirente (Delmey) em benefício dos antigos proprietários das quotas. Destaque-se ainda que, como já foi exposto anteriormente, todas as operações financeiras ocorridas no ano-calendário 2006 na Dufry do Brasil Participações Ltda. foram registradas na contabilidade no dia 23/03/2006. Nessa data, consta o registro contábil do valor total da operação, não tendo sido identificadas parcelas anteriores desembolsadas a título de garantia.

Concluindo, todos os motivos apresentados como justificativa para a criação da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não se revelaram imprescindíveis à concretização da operação. Eis que as formalidades alegadas poderiam ter sido cumpridas por um simples representante do real adquirente: Delmey S.A.

Os fatos aqui narrados denotam que toda a operação foi engendrada desde a aquisição da Dufry do Brasil Participações Ltda. em 07/03/2006 pela Delmey S.A., ficando evidente que a principal razão para a criação da Dufry do Brasil Participações Ltda. não foi declarada pela fiscalizada, qual seja, o aproveitamento da amortização do ágio pago na operação de aquisição das quotas da Brasif Duty Free Ltda. como despesa dedutível em razão do processo de reorganização societária – incorporação reversa – da Dufry do Brasil Participações Ltda. (empresa veículo – controladora) pela sociedade adquirida Brasif Duty Free Ltda. (controlada) transformada em Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. por meio de operação cujos aspectos formais não corresponderam à sua real essência.

Certo é que a fiscalizada não tem legitimidade para registrar e amortizar o ágio, já que ele foi pago indiretamente pela Delmey S.A., sua controladora. Afinal, foi essa quem de fato arcou com toda a operação utilizando sua controlada, Dufry do Brasil Participações, como entidade facilitadora (empresa veículo). E, ainda, os documentos indicam que a Dufry do Brasil

Participações Ltda. nunca teve propósito empresarial autônomo, ou seja, nunca existiu materialmente, apenas formalmente, funcionando como mero veículo para a aquisição com ágio da fiscalizada pelo grupo internacional DUFRY de forma a tornar juridicamente possível a posterior amortização e dedução fiscal desse ágio.

A partir de junho de 2006, a fiscalizada Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. começou a efetuar a amortização do ágio. A amortização foi registrada na seguinte contas

- 3204001105001 (*Amortização Agio*) até agosto de 2013, e
- 33120010002 (*Amortização Agio*) de setembro a dezembro de 2013.

A amortização está sendo feita na razão de 1/120 do valor do ágio por mês. Esse valor de ágio não foi adicionado ao lucro líquido quando da apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL. Sendo assim, esta parcela gera uma despesa mensal de R\$ 5.056.439,24 considerada pela fiscalizada como dedutível para a apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Conforme amplamente demonstrado neste Termo, não há suporte para a pretendida dedução. Assim sendo, foi feito o lançamento de ofício das diferenças de IRPJ e CSLL apuradas no Ajuste Anual dos anos-calendário 2012 e 2013, como decorrência da adição do valor indevidamente deduzido nesse período (ágio amortizado e não adicionado pela própria fiscalizada).

O valor adicionado corresponde àquele registrado na conta 3204001105001 de janeiro de 2012 a agosto de 2013 e na conta 33120010002 de setembro a dezembro de 2013 como foi detectado nos registros feitos no Razão da empresa extraído dos arquivos do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED (requisição nº fc2235cd-7922-4fbb-a239- 510b28219a21), conforme Requisição de Cópia de Escrituração Contábil Digital em anexo (doc. 5).

Como resta acima comprovado, repita-se: **não** há a demonstração pela fiscalização como dolo, fraude ou simulação (ou mesmo *abuso* ou *dissimulação*). Também não se apontou para nenhuma ilegalidade na operação ou defeito e vício nos instrumentos firmados entre empresas ou impedimento legal das formas adotadas.

Necessário apontar aqui que - **diferentemente** - no TVF que *inaugura* o Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48, a Autoridade Fiscal **qualificou os mesmos fatos apurados como simulação, ilicitude, abuso de direito e fraude à lei.**

Confirmando, confira-se trecho do Acórdão nº 1302-001.182, em que o seu I. Relator não só confirma tal postura do Fisco como cita, *ipsis litteris*, a peça acusatória fiscal:

Incialmente, 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 enquadrou 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.

(...)

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, expedida 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 DUFRY DO BRASIL DUTY FREE SHOP LTDA), pelo grupo internacional DUFRY, 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 DUFRY 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 DUFRY adquiriu a BRASIF DUTY FREE SHOPP 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 SHOPP LTDA e pudesse, assim, deduzir a amortização do ágio.

Como já registrado, em tal Acórdão, foi afastado, por unanimidade de votos, todas as acusações de ilicitude da operação, sendo integralmente cancelado o lançamento de ofício, no mérito, pela total improcedência jurídica dos fundamentos e critérios adotados pelo Fisco.

Diante disso, incidentalmente e *ex officio*², é imperioso se reconhecer que operou-se no presente caso a *modificação dos critérios jurídicos adotados pela autoridade fiscal*, nos precisos termos do art. 146 do CTN.

Confira-se a redação do mencionado dispositivo:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. (destacamos)

De um lado, temos que em 2011, a glosa do ágio aproveitado entre 2006 e 2010 (*fato gerador*), oriundo da operação societária agora analisada, teve como critério jurídico para o lançamento de ofício a perpetração de *simulação, ilicitude, abuso de direito e fraude à*

² Tratando-se de violação a norma geral de direito tributário, veiculada pelo Código Tributário Nacional, seu conhecimento espontâneo pelo Julgador administrativo é plenamente autorizado, inclusive em observância ao disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/98.

lei pelo Contribuinte, reconhecidamente arrimado no art. 149, inciso VII, do CTN. São institutos de Direito específicos e claramente delimitados na legislação, com a sua respectiva tipificação legal e previsão de efeitos - inclusive tributários, como apontado.

Já em 2017 (quando da lavratura da presente Autuação), a glosa do ágio aproveitado entre 2012 e 2013 (fato gerador), oriundo da mesma operação societária, a Autoridade Fiscal abandona a acusação de ocorrência simulação, ilicitude, abuso de direito e fraude à lei, modificando a fundamentação jurídica antes adotada, cingindo-se a afirmar que não houve propósito negocial na operação, não mencionando a ocorrência de qualquer ilícito ou mesmo invocando o art. 149 do CTN.

Nos termos da própria Autuação, não havendo acusação de *ilicitudes* autônomas, além da amortização procedida indevidamente, este deu-se dentro da prerrogativa ordinária do art. 142 do CTN (ou mesmo no parágrafo único do art. 116 do CTN, a depender do entendimento do intérprete sobre o tratamento fiscal no Brasil da figura da *ausência de propósito negocial*).

É claro e inquestionável que os critérios adotados e a fundamentação legal invocada para o lançamento de ofício são totalmente distintos.

Ora, é natural e compreensível, em termos pragmáticos, que após a Instância administrativa recursal rejeitar totalmente o critério jurídico antes adotado (a ocorrência de tais ilícitos, tratados pelo art. 149, inciso VII do CTN), a Fiscalização não mais passe a utilizá-lo em novo lançamento.

Ocorre que o Legislador, ainda em 1966, quando da edição do Código Tributário Nacional, regulou e limitou tal postura de câmbio da motivação dos lançamentos de ofício sobre a mesma matéria, contra o mesmo contribuinte, à data da introdução de tal modificação.

Assim, temos que, se é empregado um certo critério jurídico para se motivar um lançamento de ofício contra um específico contribuinte, sobre determinada matéria e origem factual, e, posteriormente, entende a própria Administração Tributária que tal critério não é adequado, procedendo à sua mudança, tais modificações somente deverão ser aplicáveis aos fatos geradores posteriores a tal alteração.

Tal dispositivo carrega importante norma, informada pela segurança jurídica e certeza do Direito, que historicamente confere *proteção à confiança do contribuinte*

depositada na Administração Tributária e garante a materialização da *lealdade* dos Entes públicos fiscais na produção de seus próprios atos, considerados conjuntamente no tempo.

Assim leciona o Prof. Sacha Calmon Navarro³:

O erro de direito seria, à sua vez, decorrente da escolha equivocada de um módulo normativo inservível ou não mais aplicável à regência da questão que estivesse sendo juridicamente considerada.

Entre nós, os critérios jurídicos (art. 146, CTN) reiteradamente aplicados pela Administração na feitura de lançamentos têm conteúdo de precedente obrigatório. Significa que tais critérios podem ser alterados em razão de decisão judicial ou administrativa, mas a aplicação dos novos critérios somente pode dar-se em relação aos fatos geradores posteriores à alteração. (destacamos)

No mesmo sentido, também ensina o Prof. Humberto Ávila⁴:

O art. 149 do Código Tributário Nacional autoriza a Administração Tributária a rever os atos de lançamento já feitos quando houver erro de fato. Esse quadro normativo levaria ao entendimento de que a posição anterior da Administração pode ser revista dentro do prazo decadencial e com eficácia para todo o período examinado. É preciso, mesmo assim, fazer alguns temperamentos.

Em primeiro lugar, a mudança de orientação da Administração, quer com relação à prática até então adotada, quer com referência aos atos de lançamento já efetuados, só pode dizer respeito a erros de fato, nunca a erros de direito. Com efeito, se a Administração, por algum motivo, entende que a legislação foi mal-aplicada, só pode mudar a orientação para o futuro, não para o passado, inclusive por determinação do art. 146 do Código Tributário Nacional. (destacamos)

No presente caso, adota-se interpretação que a simples prevalência do cancelamento do lançamento, por outro ato administrativo ulterior, de natureza tanto jurisdicional, como de revisão, que entendeu pela improcedência jurídica de seus fundamentos,

³ Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro : Forense, 2009, p.708

⁴ Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 465.

já reveste-se de introdução de modificação de critérios. Assim, é certo que o Acórdão nº 1302-001.182 foi publicado em 01/11/2013.

Não obstante, os efeitos de tal decisão não são imediatos, vez que sujeita a reforma, por provocação processual da Parte que sofreu revés de sua pretensão - no caso, a Fazenda Nacional. Nesse sentido, temos que em 06/12/2013 foi interposto Recurso Especial pela Procuradoria da Fazenda Nacional, restando, posteriormente, após 2014, inadmitido tal recurso, tornando-se, assim, definitiva tal posição da Administração Tributária.

Nessa linha, considerando tais fatos e datas, tendo vista que a presente demanda trata de fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2012 e 2013 (lavrada em 2017), não poderia ter a Autoridade Fiscal utilizado *novos* critérios jurídicos na fundamentação de lançamento de ofício referente a este período anterior à *introdução* da modificação, nos termos do art. 146 do *Codex Tributário* (quando muito, sendo discutível sua validade em relação apenas ao mês de dezembro de 2013 - hipótese que já se rechaça).

Em outras palavras, não é lícito à Administração Tributária aplicar tal novéis fundamentos, em lançamento de ofício contra o mesmo contribuinte, sobre a mesma matéria e circunstância factual, aos *fatoss geradores* ocorrido em período em que ainda se defendia a validade e se perquiria os efeitos da Autuação anterior, motivada por critérios jurídicos distintos. Tal modificação de postura técnica do Fisco somente pode ser imposta a condutas do contribuinte ocorridas após sua modificação, formal e definitivamente verificada na esfera administrativa.

Como visto, trata-se aqui da direta aplicação de vedação contida em norma geral de direito tributário, há muito inserida no sistema, chancelada por prestigiada parcela da doutrina nacional, que importa na invalidade da presente Autuação.

Diante disso, entende-se pelo cancelamento da presente Autuação, por didática violação ao art. 146 do Código Tributário Nacional.

Caso vencido, cabe retomar a análise da validade da fundamentação adotada pela Autoridade que justificou e permitiu a adoção das premissas do presente lançamento de ofício e garantiu a produção de seus efeitos. Se, de fato, entendido que não houve modificação dos critérios, merece análise detida a adequação legal desses fundamentos empregados pela Fiscalização, dessa vez, na presente Autuação.

Como mencionado, a exigência da necessidade de qualificação jurídica das condutas apuradas, quando se procede a tal tipo de manobra excepcional de desconsideração pelo Fisco, não se trata de preciosismo, mas, sim, de parte fundamental da devida motivação da Autuação, (*identificação do fato gerador e da matéria tributável*), bem como permite a determinação das demais consequências jurídicas do lançamento.

Assim como no caso do emprego de *abstrações* e outras prerrogativas excepcionais pela Fiscalização (como presunções e ficções), a *desconsideração* e a *requalificação* dos fatos apurados procedidas nesse caso são a premissa sine qua non para a existência da infração de amortização indevida, vez que aponta para terceiro como titular das despesas de ágio incorridas, que não figurou juridicamente em contratos e instrumentos como adquirente e nem efetuou o pagamento correspondente, devendo ser trazida a hipótese legal autorizadora para assim se preceder.

Conforme defendido no Acórdão nº 1402-002.772, é certo que a adoção de conceitos estrangeiros, como a verificação do *propósito negocial* das operações, pode ser ferramenta útil e válida para a interpretação dos fatos e na devida investigação da presença de ilícitos, defeitos, falsidade ou qualquer outra irregularidade transacional, mas, simplesmente, desconsiderar operações lícitas mediante tal isolado argumento, concluindo que houve, finalisticamente, uma *economia tributária* (e apontando para a existência alternativa negocial com maior oneração tributária), não pode ser aceito ou tolerado.

Isso, porque a *ausência de propósito negocial* não é, *per si*, hipótese legal autorizadora da desconsideração de atos e negócios jurídicos, tampouco um instituto jurídico brasileiro próprio.

E, ao seu turno, os diferentes institutos jurídicos não se confundem com meras *palavras* do léxico brasileiro, não havendo sinonímia, confusão ou fungibilidade entre si, possuindo regulamentação legal e - consequentemente - alcances e efeitos diversos.

Por exemplo, atribui-se a regulamentação da *simulação* ao art. 167 do Código Civil de 2002, sendo expressamente mencionada, junto com a *fraude*, no art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional; já o *abuso de direito* é regulado na esfera privada pelo art. 187 do Código Civil vigente, sem qualquer menção no *Codex Tributário*. Ao seu turno, a *dissimulação* é mencionada no polêmico parágrafo único do art. 116 do Compêndio Tributário, havendo debate se tal instituto também abarca o *abuso* e a *elusão*, assim como é muito questionável a própria eficácia do dispositivo.

A identidade e a individualidade de cada instituto de Direito e da sua correspondente regulamentação (ou não) é motivo determinante na existência de uma multiplicidade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, judiciais e deste mesmo E. CARF, sobre a legalidade da adoção de determinados institutos para a *desfazimento* e *desconsideração* de atos, negócios e pessoas jurídicas, rejeitando outros para o mesmo fim.

E esclareça-se que não se exige que a Autoridade Fiscal seja academicamente precisa na qualificação dos fatos, quando da demonstração de que, naquela caso, existe a possibilidade legal de *desconsideração* e *requalificação* dos fatos (chamando de *abuso* aquilo que alguns entendem como *simulação* ou de *fraude* ou mesmo se afirmando que está diante de *dissimulação*). O que não pode se aceitar é o silêncio quanto à hipótese permissiva de sua manobra, como ocorreu neste feito.

Se a própria Autoridade Fiscal não é capaz de demonstrar onde encontra-se a autorização para promover tal procedimento excepcional que permitiu o lançamento de ofício com a glosa da dedução, isso não pode *emendado*, posteriormente à sua lavratura, no curso do processo administrativo fiscal - seja pelas Partes ou pelos Julgadores.

Guardado todo respeito e a retidão devidos, diga-se que permitir a prevalência da manobra fiscal de *desconsideração* e *requalificação* mediante abordagem jurídica tecnicamente tão carente, representaria esvaziar o debate jurisprudencial que vem sido travado há mais de uma década na esfera jurisdicional administrativa sobre a sua legalidade, limites e requisitos de prova para tanto.

Posto isso, desde já, entende-se que não há a devida qualificação jurídica dos fatos colhidos, demonstrando a devida fundamentação jurídica para o lançamento de ofício, como precedido, sendo, *data maxima venia*, precária a motivação para a glosa do ágio procedida.

Por fim, como antes defendido por este Conselheiro, o amparo do Fisco para manobras de *desconstituição* de atos e negócios, resultando em lançamento de ofício, encontra-se na norma contida no art. 149, inciso VII⁵, do CTN (como precisamente procedido na Autuação objeto do Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48), que exige a demonstração da perpetração dolosa de *simulação* e *fraude* pelo Contribuinte.

⁵ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

E no mesmo sentido de tudo aquilo acima trazido, confira-se o Acórdão nº 1302-003.290, proferido pela C. 2ª Turma da 3ª Câmara desta 1ª Seção, de relatoria do I. Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, publicado em 28/01/2019:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

O legislador tributário não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente. A reestruturação societária perpetrada pelo contribuinte, por si só, não desfigura a operação, notadamente quando a fiscalização não demonstra a ocorrência dolo, fraude ou simulação.

LANÇAMENTOS CONEXOS. CSLL.

Na ausência de especificidades, aos lançamentos formalizados a partir da mesma base fática aplica-se o mesmo julgado

Confira-se os principais trechos do brilhante Voto vencedor que lhe compõe:

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração, compreende a idéia de subordinação da Administração Pública às leis, sendo que esta somente poderá fazer aquilo determinado em lei, e não aquilo que a lei expressamente proibir.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de que as operações realizadas não tiveram real propósito negocial advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, descrito acima, além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Como leciona Maria Rita Ferragut em obra de rara importância sobre as provas no direito tributário, e pelo tanto, amplamente citada nesse voto, o planejamento fiscal é constitucional e legal. Assim como Fisco, o contribuinte pode e deve organizar-se, planejar-se e buscar as alternativas legais mais vantajosas para a realização de seus objetivos sociais.

(...)

Neste ponto, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Contudo, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no consequente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Assim, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu consequente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurígeno tributário, sendo ele livre para organizar-se da forma que, licitamente, lhe oferte menor oneração.

Por outro lado, é importante ressaltar que mesmo os atos procedidos pelo contribuinte em plena atenção às disposições legais podem ser desconsiderados uma vez constatada a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, isto é, quando se comprove que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que, o ato cujo efeito é consoante o ordenamento, não pode ser considerado como abusivo. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros. A liberdade de iniciativa e auto-organização de que dispõe a iniciativa privada é uma garantia constitucionalmente assegurada que, como tal, não deve sofrer restrições. (...)

Logo, não cabe à administração tributária desconsiderar atos acobertados pela legislação pátria, por total ausência de previsão legal. (destacamos)

Como já fartamente demonstrado, o TVF não trouxe tais acusações e demonstrações de ocorrência de ilícitos como *simulação, fraude* ou mesmo *abuso e dissimulação*, sequer invoca dispositivos que carregam suas definições, o que já basta para se afirmar que, neste lançamento de ofício, a *requalificação dos fatos* procedida para permitir a constituição do crédito tributário não está devidamente justificada, devendo ser cancelada a Autuação.

Caso vencido, no que tange ao mérito, temos que o processo versa sobre a glosa de aproveitamento de ágio, gerado em operação de aquisição de participação societária na qual fora empregada companhia rotulada de *empresa veículo*, sendo a *real adquirente* empresa estrangeira, sediada no Uruguai, por ter esta *financiado*, integralmente, a compra, através de integralização de capital em *holding* adquirida no Brasil e empréstimo a esta conferido.

Posto isso, é necessário inicialmente esclarecer que não foram sequer mencionados/questionados: a) a independência das partes envolvidas no negócio, b) a existência de pagamento e a sua monta, c) a lisura contábil da forma como o ágio foi registrado, d) a existência do Laudo de Rentabilidade Futura ou documento equivalente, contemporâneo e e) a tributação do ganho de capital percebido pelas pessoas físicas vendedoras das participações.

Para Fiscalização, o ágio teria se tornado *inválido* para a dedução por parte da Recorrente pela utilização de empresa *holding*, criada em 2005 e adquirida em 2006 pelo Grupo DELMEY (que não possuía companhias no Brasil), estruturando o negócio para que tal companhia, a *Dufry do Brasil Participações Ltda*, figura-se como a adquirente das quotas da Brasif Duty Free Shop Ltda (empresa operacional, objeto da transação), efetuando pagamento aos seus sócios.

Para a Autoridade Fiscal que tal empresa holding, teve *vide efêmera*; (...) e que, antes de 23/03/2006, a empresa *Dufry do Brasil Participações Ltda*. não teria condição alguma de pagar o valor de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. Afinal o seu capital social era de tão-somente R\$ 100,00 (cem reais), valor obviamente insuficiente para efetuar tal operação, então se valendo de posterior aumento de capital e empréstimo da controladora; não teria também procedido a mais nenhuma transação e não possuía empregados e sede, de modo que nunca teve propósito empresarial autônomo, ou seja, nunca existiu materialmente.

Assim, a empresa não [teria] legitimidade para registrar e amortizar o ágio, já que ele foi pago indiretamente pela Delmey S.A., sua controladora. Afinal, foi essa quem de fato arcou com toda a operação utilizando sua controlada, *Dufry do Brasil Participações*, como entidade facilitadora (*empresa veículo*), permitindo, desse modo, gozar do ágio percebido no Brasil. Também afirma que tais elementos denotam a falta de propósito negocial na operação efetuada, refutando as justificativas societárias, comerciais e regulatórias apresentadas pela Contribuinte durante a primeira fiscalização.

Assim, fica claro que a acusação fiscal resume-se, precisamente, à classificação da *Dufry do Brasil Participações Ltda*. como *empresa veículo*, evidenciando a ausência de propósito negocial na sua existência e no seu emprego na estrutura societária da

aquisição, o que revelaria ser o *real* detentor e titular da despesa com o ágio a pessoa jurídica estrangeira, DELMEY S.A.

A Fiscalização **não** aponta objetivamente para a falta de subsunção dos arts. 385 e 386 do RIR/99, vigente à época dos fatos e da Autuação.

Delimitada a matéria a ser agora enfrentada, cabe ressaltar que o tema *amortização de ágio* neste E. CARF não é recente e, atualmente, existe prolífica quantidade de autuações, já devidamente processadas e julgadas até seu exaurimento recursal.

O tema guarda certa controvérsia, podendo ser observado neste E. Conselho a evolução jurisprudencial do tema na última década, caminhando para uma jurisprudência menos objetiva e mais analítica das circunstâncias da geração do ágio, apresentando-se um entendimento tecnicamente exigente quanto à presença de elementos validadores da amortização de tal *dispêndio*, extraídos da interpretação das normas tributárias que regulam a sua dedução das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

Apesar da notória repercussão dos julgados sobre o tema, existe certa disparidade quanto à fixação precisa de todos requisitos de uma operação para permitir o livre aproveitamento do ágio.

Mas é plenamente seguro afirmar que se entende relevante e necessário para a verificação objetiva da formação lícita do ágio, nos moldes das prescrições do art. 385 e 386 do RIR/99, a presença dos seguintes elementos: 1) o efetivo sacrifício econômico no momento do investimento que lhe originou; 2) realizado entre partes não relacionadas; 3) arrimado em laudo ou documento correspondente válido, contemporâneo, exarado por terceiro competente e; 4) nas operações em que há a extinção de pessoa jurídica, a absorção do patrimônio da investida pela investidora (ou vice-versa).

Apenas um elemento daqueles acima elencados acaba abarcado pelas acusações da Fiscalização, qual seja: a absorção patrimonial entre as empresas que *realmente* transacionaram (investidora e investida), vez que, no seu entender, utilizando *empresas veículo, sem propósito empresarial autônomo*, mascarou-se o real investidor estrangeiro. Ou seja, para a Autoridade Fiscal, a confusão patrimonial entre a *holding* nacional adquirida pelo Grupo DELMEY não bastou para o aproveitamento do ágio.

Tal tema de Direito já foi enfrentado por esta C. 2^a Turma no Acórdão nº 1402.002.373, de votação unânime, publicado em 14/02/2017, podendo-se transportar alguns dos seus elementos decisórios para a presente demanda, como será feito a seguir.

Nesse sentido, dentro da mencionada evolução de entendimento deste E. CARF, analisa-se mais profundamente as circunstâncias no emprego das chamadas *empresas veículo*, conferindo racionalização à verificação de provas e fatos envolvidos, permitindo a constatação da efetiva influência de tal manobra na regularidade da formação do dispêndio em tela.

Em caso que tratava de acusação muito semelhante, ilustra-se claramente tal entendimento no Acórdão nº 1201.001.267, proferido pela C. 1^a Turma Ordinária da 2^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Marcelo Cuba Neto, publicado em 18/02/2016:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".

(...)

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction).

*Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: **(i) falta de propósito negocial e; (ii) emprego de empresa veículo.***

(...)

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação. (destacamos)

No mesmo sentido temos também o Acórdão nº 1302.001.977, proferido pela C. de 2^a Turma Ordinária da 3^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento, de relatoria da I. Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich e voto vencedor o I. Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, publicado em 13/10/2016, o Acórdão nº 1301-002.433, proferido pela C. 1^a Turma Ordinária da 3^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento, de relatoria da I. Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, publicado em 03/07/2017 e o Acórdão nº 1201-002.247 proferido pela C. 1^a Turma Ordinária da 2^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, publicado em 19/07/2018.

Este Conselheiro filia-se a tal corrente, no sentido de que o mero emprego de *empresas veículos*, inclusive *holdings* criadas com o único propósito de promover a aquisição de participação societária, não invalida a dedutibilidade do ágio percebido nas operações, desde que regular a sua formação e não tendo o emprego de tais empresas representado a formação de *ágio novo* ou elevado seu montante. O fato de seus sócios serem empresas estrangeiras é absolutamente irrelevante para dedutibilidade das despesas percebidas.

A estruturação de negócios de fusões e aquisições utilizando modelos que contemplam *holdings* e companhias especificamente criadas para promover tais transações faz parte do corolário de livre organização empresarial, não havendo qualquer vedação legal a tal modelo, não podendo a opção societária *contaminar* a dedutibilidade de uma despesa que foi legitimamente formada - independentemente de qual pessoa jurídica envolvida restou figurando como sua detentora, ao final de todas as etapas de execução do negócio.

Agora, mesmo afastada de plano a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela mera constatação do emprego de estrutura que contempla *empresa veículo*, para uma melhor e mais detalhada resolução do presente feito, faz-se importante aprofundar-se nos elementos pelos quais a Fiscalização entendeu ser esta companhia *materialmente* inexistente, desprovida de *propósito empresarial autônomo*.

A Fiscalização afirma que *nessa escrituração, observa-se, ainda, que os registros contábeis se limitam ao período de 07/03/2006 a 01/06/2006, não havendo registro algum referente a pagamentos a empregados, aquisição de bens integrantes do ativo imobilizado, manutenção da sede ou quaisquer outros inerentes às atividades empresariais comuns de qualquer sociedade. Mesmo quando se cria uma holding (pessoa jurídica destinada a participar de outras pessoas jurídicas) no Brasil, a empresa conta com uma estrutura com empregados e sede para realizar seu objeto social. Ou seja, possui substância econômica, gera empregos etc.* (detacamos).

Também, como mencionado, aponta que *antes de 23/03/2006, a empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não teria condição alguma de pagar o valor de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. Afinal o seu capital social era de tão-somente R\$ 100,00 (cem reais), valor obviamente insuficiente para efetuar tal operação. Mas, em 23/02/2006, vale dizer, na data da compra da Brasif Duty Free Shop pela Dufry do Brasil Participações, a Delmey S.A. aumentou o capital social dessa última em R\$ 53.531.400,00. Além disso, nessa mesma data, ela emprestou US\$ 225.950.000,00 (valor então correspondente a R\$ 483.588.497,00) para a sua controlada. Dessa forma, os dois aportes de capital feitos pela Delmey S.A. para a sua controlada foram utilizados, por essa última para pagamento dos R\$ 535.086.667,71 devidos no contrato de aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. (fiscalizada).*

Primeiramente, e conferindo todo o respeito ao trabalho da Autoridade Fiscal, é necessário o esclarecimento do conceito de Direito Comercial de empresas holdings, contemplado expressa e legalmente no §3º do art. 2º da Lei das S/A, posto que algumas de suas características próprias, tanto práticas, como jurídicas, plenamente lícitas e corriqueiras, foram indevidamente utilizadas como argumento para tais constatações *infracionais*.

Permitindo-se aqui uma tradução livre, o próprio verbo inglês *to hold* significa "deter", "segurar". Assim, sua própria nomenclatura já indica a sua função primordial: deter participações de outras empresas. O Prof. Modesto Carvalhosa⁶ define a função e as atividades das empresas criadas sob a rubrica de *holding* assim:

⁶ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 14/15.

A entidade econômica concentracionista, que surge das coligações e do controle de outras sociedades, encontram na holding o instrumento fundamental de sua organização.

As holdings são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando, nesse caso, constituir a coligação.

Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.

(...)

Tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial.

Possui como características principais: ter seu patrimônio formado de ações emitidas por outras companhias, exercer o controle sobre elas ou delas participar em caráter permanente, com investimento relevante no seu capital. Assim, o objeto social da holding é sempre o de participar do capital de outra sociedade, como controladora ou investidora (coligação).
(destacamos)

Nesse sentido, essa modalidade empresarial é o instrumento societário mais utilizado para organização e operação de grupos empresariais de ampla atuação, dado a sua simplicidade de constituição, aquisição, funcionamento e operacionalização.

Assim, dentro de sua condição de companhia não operacional, sem caráter comercial, mercantil, a acusação de possuir a *holding* estrutura e gasto com manutenção de sede e capital social diminuto ou inexistente, assim como não possuir funcionários, nada mais faz do que confirmar sua correta classificação societária e natureza jurídica de *holding*.

Especialmente em relação a grupos estrangeiros, é extremamente natural se organizarem por meio de tais figuras, principalmente em outros países, mesmo que aparentemente *desnecessário*.

Isso porque, nos primeiros contatos com o novo mercado, é plenamente comprehensível a escolha por não criar uma nova estrutura complexa, ou mesmo uma filial, que espelharia, ainda que parcialmente, por razões de políticas internas e *compliance*, a organização e a configuração institucional de sua matriz, representando, inclusive, um acréscimo injustificável de custos nesse momento inicial.

E, na grande maioria das vezes, fazer o negócio *diretamente* (como sugerido pela Fiscalização), através de companhias operacionais estrangeiras é uma opção descartada, vez que aumentaria a complexidade e burocracia de todas as transações envolvendo o investimento adquirido no Brasil, assim como estabeleceria uma comunicação direta de riscos desse novo negócio (ainda não consolidado e *testado*) com empresas de outros mercados, sujeitas a cotações valorativas, avaliações para investimento e auditorias, tanto públicas como privadas - que podem ser relativizados e mitigados pelo emprego dessa companhia não operacional na estrutura.

Endossando tal usualidade, a literatura doutrinaria⁷, dentro de uma abordagem mais prática, cita e confirma essa vocação das *holding* para investimentos internacionais:

A holding pode ter o caráter de internacionalidade, isto é, manter ações de companhias que não estejam necessariamente no mesmo país. Ela se mostra importante "ponte" controladora de exportação, importação e investimentos estrangeiros. (destacamos)

Eis então, sua função e *propósito negocial* dessa *holding*: instrumentar a entrada de investimento estrangeiro, procedido pela aquisição integral de uma empresa do ramo de *Lojas Francas* no Brasil.

E tendo em vista que a aquisição da Brasif Duty Free Shop Ltda. foi o primeiro investimento feito nesse ramo, no Brasil, tratando-se de *holding* claramente adquirida para tal fim, nada mais natural, então, não ter sido praticado outro negócio antes da compra daquelas quotas.

Não pode haver - e muito menos prevalecer - a criação de uma nova obrigação, pelas Autoridades Tributárias, quanto à forma com que as empresas estrangeiras adentram o país para participar do mercado brasileiro.

E uma vez aqui fixadas, seja através de *holding*, filiais ou promovendo *joint-ventures*, deve ser dado o mesmo tratamento fiscal às empresas aqui constituídas e operantes, não podendo simplesmente desconsiderar suas personalidades com base em mera constatação de que seriam *desnecessárias* aos grupos estrangeiros, para então apontar o investidor externo

⁷ LODI, Edna Pires. LODI, João Bosco. Holding. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2001, p. 9.

como real sujeito e titular dos ônus, direitos e obrigações dessas companhias (verdadeiramente brasileiras, diga-se).

E se válida a lógica empregada pela Fiscalização em relação à identificação do *real adquirente* em razão do aumento de capital e empréstimos feitos pela DELMEY S.A., toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu anteriormente de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro.

Acrescente-se que, diferentemente daquilo afirmado pela Fiscalização, o valor de *capital social* de empresa é absolutamente irrelevante para a averiguação de sua *existência material*. Tal conta apenas reflete o capital investido pelos seus titulares até determinado momento, não se relacionando à operacionalidade da companhia. Nesse sentido, não existe óbice, jurídico ou prático, para que empresas com diminuto capital social promovam operações de valores milionários.

E uma vez demonstrado que a empresa *Dufry do Brasil Participações Ltda, holding*, brasileira, estava regularmente constituída, dentro de seu propósito, essa, naturalmente, revestiu-se de investidora quando do dispêndio para uma aquisição societária, devidamente registrando essa sua despesa, inclusive a parcela percebida como ágio, não podendo manter-se a glosa sob a alegação da falta de absorção patrimonial entre investida e investidora.

Pertinente dizer que é necessária uma *desmistificação* da figura dos grupos investidores estrangeiros e da adoção de estratégias empresariais com estruturas societárias, consideradas *engenharia societária*, como fundamentos próprios para o lançamento tributário.

Em não havendo a demonstração ou a prova de ilicitude na operação, tais fatos devem ser considerados como a regular prerrogativa organizacional do Grupo.

Fundamentar a Autuação na afirmação de que *poderia* o contribuinte ter realizado a operação de outra forma, fazendo a aquisição direta das participações societárias pela companhia estrangeira (de modo que o ágio não fosse registrado em empresa nacional, impossibilitando sua amortização), nada mais é do que a imposição da via negocial possível com a maior onerosidade tributária - o que não pode ser acatado.

Em relação à suposta *vida efêmera* da *Dufry do Brasil Participações Ltda.*, tem-se que, dentro da sua condição de *holding* e considerado que sua função era precisamente

promover a compra das quotas da Brasif Duty Free Shop Ltda, o fato desta ter perdurado pouco mais de 8 meses, apenas 3 deles sob o controle do Grupo DELMEY até ser incorporada, perde sua relevância.

Em sentido contrário, se o Grupo DELMEY tivesse adquirido tal *holding* anos antes, de alguma forma, tal companhia ganharia maior substância econômica? Substância, essa, grande o bastante para validar a amortização do ágio?

Qual o prazo de duração *necessário* para a *holding* ter propósito negocial?

Ora, se endossado tal pensamento, estaríamos diante de um novo *requisito* - não só do Direito Tributário, para a validação da amortização do ágio, mas também - de Direito Comercial para a atribuição de personalidade jurídica a empresas *holding*.

Tal lógica de mensurar a *personalidade* ou *robustez negocial* das empresas pela sua duração, número de operações efetuadas e fluxo financeiro deve ser aplicada com maior rigidez às empresas com objetos mercantis (comerciais, industriais e de serviços). Em relação às *holdings*, não operacionais, que, como demonstrado, têm como função operar e organizar, dentro de grupos econômicos, a detenção de participações societárias, tal raciocínio deve ser relativizado - quando não, desconsiderado.

Também é necessário observar que, aqui, não se trata de um processo que versa sobre *lucros no exterior* de coligadas e controladas ou a alegações de *abuso de tratado*, que têm como fundamento maior a tributação sob *bases universais*, no qual o Legislador, ao derrubar as limitações da territorialidade nacional, permitiu buscar os fatos jurídicos tributários ocorridos no exterior, praticados e percebidos por empresas estrangeiras.

Trata-se de uma glosa de ágio, percebido em operações ocorridas no Brasil, entre empresas brasileiras (sendo irrelevante o fato de suas titulares e controladoras serem empresas estrangeiras). Uma vez validamente constituída e operando dentro de seus propósitos, a companhia faz *jus* a todas suas prerrogativas.

Sob uma visão global das operações de qualquer Grupo internacional, uma vez que o investimento ocorre no Brasil, nada mais adequado, inclusive do ponto de vista econômico, do que também realizar e contabilizar a despesa de sua aquisição por meio de empresa aqui também situada.

Posto isso, a caracterização da *Dufry do Brasil Participações Ltda.* como desprovida de *propósito empresarial autônomo*, não se sustenta, vez que plenamente regular sua constituição, operação e o seu emprego em transação de aquisição, desempenhando sua natural e esperada função, dentro de estrutura empresarial e modelo de operação de investimento estrangeiro reconhecidamente comum e plenamente lícito, superando-se a constatação de *ausência propósito negocial e ilegitimidade* para deter as despesas de ágio.

Por fim, a Recorrente, desde a Ação Fiscal, lista, objetivamente, uma série de *propósitos negociais* para o emprego da *Dufry do Brasil Participações Ltda.* na transação.

Primeiramente, afirma que, tendo inclusive em vista que fora noticiado na mídia a intenção da BRASIF vender o seu *negócio*, havia outros concorrentes, inclusive internacionais, interessados na transação. Desse modo, a criação da uma *holding* no Brasil daria agilidade à operacionalização da compra, em razão de maior burocracia para a companhia estrangeira proceder diretamente. O mesmo se aplica em relação à abertura e manutenção de *escrow account*, que garantia parte do preço sujeito a termos negociados.

Tal argumento não só é válido, como reveste-se de fato notório dos conhecedores do mercado de *fusões e aquisições* e já foi contemplado por este Conselheiro anteriormente nas razões desse voto.

Cabe comentar o trecho do TVF em que a Autoridade Fiscal, enfrentando o argumento referente a esta *conta garantia*, afirma que *da mesma forma, não se justifica a utilização da Dufry do Brasil Participações Ltda. em função da necessidade de abertura de conta bancária de caução (escrow account) para o depósito da parcela correspondente à 7,5% do negócio (item 2.5 do Acordo de Compra e Venda de Ações Reformulado, doc. 4). Tal cláusula foi estabelecida simplesmente pela vontade das partes, não havendo qualquer determinação legal para isso* (destacamos).

Ora, é necessário registrar aqui que o instituto estrangeiro do *propósito negocial* não pode ser confundido com a verificação da existência ou não de obrigações legais, cogentes, contempladas por Lei, que determinem a adoção de determinada postura, conduta, ato ou modalidade de negócio. A plausível existência de vantagem (a qual, ainda que no momento da decisão empresarial seja apenas possível e especulativa) de cunho comercial, econômico ou de governança, também reveste-se de propósito extrafiscal válido. Como mencionado, a própria prática, pragmática e reiterada do mercado deve ser considerada nesse teste.

Portanto, *data maxima venia*, equivoca-se a Autoridade Fiscal ao exigir obrigação legal para validar um *propósito negocial*, ignorando o *sobreprincípio* da legalidade que rege o Direito Privado e a garantia da autonomia empresarial.

E mesmo considerando válida a adoção do *teste do propósito negocial* para o desfazimento de operações, a lição do próprio Prof. Marco Aurélio Greco⁸ deixa claro que, mesmo que deliberada e propositalmente haja a opção pela via negocial menos onerosa do ponto de vista fiscal, basta a presença de um simples motivo empresarial para que seja válida a forma adotada:

Como diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprovou; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo "predominantemente", pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir a carga tributária, mas se apóia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!

(...)

Com a tese do abuso de direito aplicado ao planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a inibir as práticas sem causa, que impliquem menor tributação.

Por outro lado, isto não significa que o Fisco possa simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico. Ao contrário, como o negócio jurídico é resultado do exercício de um direito de auto-organização que se apóia no valor liberdade, os negócios lícitos gozam de presunção de não abusividade. (destacamos)

Também aponta a Contribuinte que a aprovação da INFRAERO, as notificações e trâmites perante Entes públicos concorrências, a transição e as alterações no gerenciamento da companhia operacional adquirida mostram-se mais ágeis, menos burocrática, comercialmente mais simples e menos onerosas aos investidores com o emprego de uma empresa *holding*, nacional. A possibilidade estratégica de se manter e explorar futuramente

⁸ Planejamento Tributário. 3^a Ed. São Paulo : 2011, Dialética. p. 213.

outra companhia operacional no Brasil (além da adquirida), transformando, então, aquela companhia pré-existente, ao invés de incorporar a *holding*, igualmente foi demonstrado pela Contribuinte.

Mais uma vez, tais assertivas são notoriamente plausíveis dentro da praxe negocial, protegida pela direito de livre organização dos empreendimentos privados - como antes já abordado, revelando-se plenamente válido o modelo adotado pela Contribuinte.

Diante de todo o exposto, considerando, por todos motivos acima expostos, válida a utilização da empresa *Dufry do Brasil Participações Ltda* na estrutura societária adotada pela Contribuinte no Brasil, a qual figurou como efetiva titular do ágio percebido nas operações realizadas em 2006, devem ser integralmente canceladas as Autuações combatidas.

Caso vencido, devem ser apreciadas as alegações referentes à aplicação de multa isolada.

Em relação à cumulação da multa de ofício com multas isoladas, entende este Conselheiro que não podem coexistir no mesmo lançamento, independentemente da alteração legislativa que se procedeu no art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, que teria invalidado a aplicação da Súmula CARF nº 105⁹ ao caso.

A alteração promovida pela Lei nº 11.488/2007 não modificou o teor jurídico da prescrição das penalidades do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para cambiar algumas de suas características, como a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

A dinâmica de aplicação e a *coexistência* de ambas penalidades não foi afastada e, por sua vez, o cenário de possibilidade de dupla penalização do contribuinte prevaleceu. Frise-se que, tal ocorrência é tema que vem sendo abordado já há alguns anos por este E. CARF, havendo forte corrente que rechaça a aplicação concomitante de tais multas.

Comprovando tal afirmativa, inicialmente, confira-se a clara e didática redação da ementa do Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela 3ª Turma Especial dessa mesma

⁹ A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

1^a Seção (que - apenas por curiosidade comenta-se - faz parte do rol dos paradigmas que formaram a Súmula CARF nº 105), em julgamento de 10/04/2012:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia. Não caracteriza cerceamento do direito de defesa o indeferimento de perícia, eis que a sua realização é providênciada determinada em função do juízo formulado pela autoridade julgadora, ex vi do disposto no art. 18, do Decreto 70.235, de 1972.

OMISSÃO DE RECEITAS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDA E CUPONS FISCAIS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não comprovado que as notas fiscais de saída e cupons fiscais correspondem a uma mesma operação, resta configurada a omissão de receitas.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

Como se observa, o cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam o simples adiantamento de tributo que tem seu fato gerador ocorrido apenas uma vez, no término do período de apuração anual, a falta dessa *antecipação* mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício.

E tratando-se de ferramentas punitivas do Estado, compondo o *ius puniendi* (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular dano ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra¹⁰.

Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. Na verdade, cada uma presta-se a punir uma conduta diferente. A patologia surge na sua *cumulação*, em autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Tal *bis in idem*, caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte, não deve ser tolerado.

O mesmo entendimento estampa o Acórdão nº 1401-001.886, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária dessa mesma 4ª Câmara, com voto vencedor sobre o tema da I. Conselheira Livia de Carli Germano, publicado em 09/06/2017:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

(...)

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ABSORÇÃO OU CONSUNÇÃO.

¹⁰ Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Tratando-se de mesmo tributo, esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

Posto isso, deve ser integralmente cancelada a multa isolada aplicada à Contribuinte.

Quanto às alegações da ilegalidade de incidência de juros sobre multa e aplicação da Taxa SELIC, aplica-se ao presente caso o teor da Súmula CARF nº 108:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar alegada sobre existência de *coisa julgada administrativa* e, reconhecendo a indevida modificação dos critérios jurídicos adotados pela Administração Tributária em relação aos fatos geradores de 2012 e 2013, nos termos do art. 146 do CTN, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para anular o lançamento de ofício.

Caso vencido, voto por anular a Autuação, em face da deficiência de fundamentação do Termo de Verificação Fiscal.

Caso vencido novamente, no mérito, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar integralmente o lançamento de ofício.

Caso vencido em relação ao mérito, voto pelo total afastamento da multa isolada aplica, mantendo a incidência dos juros sobre a multa, nos termos da Súmula CARF nº 108.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella

Voto Vencedor

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Redatora Designada

Preliminarmente, a Recorrente alega que a decisão proferida no Processo Administrativo nº 16682.721132/2011-48, Acórdão 1302-001.182, que exonerou integralmente o crédito tributário deveria ser aplicada ao presente processo. Isso porque o lançamento que deu origem ao mencionado processo tratou da glosa do ágio oriundo das mesmas operações societárias (referente ao seu aproveitamento nos anos-calendário de 2006 a 2010). Sendo assim, concluiu que seria aplicável os artigos 42 e 45 do Decreto nº 70.235/72 que tratam da denominada coisa "julgada administrativa".

Tal alegação foi rejeitada pelo Conselheiro Relator Caio Cesar Nader Quintella sob os seguintes fundamentos:

Contudo, deve-se ter em vista que o efetivo objeto de jurisdição aqui não é a legalidade da operação societária perpetrada entre 2005 e 2006, mas, sim, as exigências de IRPJ e CSLL, fruto exclusivo da glosa das parcelas de ágio amortizado, nos anos-calendário de 2012 e 2013.

Assim, já temos que não há a identidade do objeto jurisdicional, propriamente dito. Mais do que isso: as exigências não só tratam de períodos diferentes, mas, naturalmente, foram objetos de lançamentos de ofício distintos, cada um contando com seus próprios elementos constitutivos e critérios jurídicos. Nessa esteira, nos termos dos arts. 142 e 149 do CTN, além do arcabouço factual apurado e relatado pela Autoridade Fiscal, existem outros muitos elementos técnico-jurídicos que compõem o lançamento de ofício, atribuindo-lhe individualidade e autonomia - inclusive processual.

Posto isso, tratando-se de objetos de jurisdição administrativa diferentes, não há em se falar em coisa julgada administrativa, como alegado

(...)

Posto isso, não há qualquer óbice para se proceder, livremente, ao julgamento da presente contenda. Os Acórdãos proferidos nos autos dos Processos Administrativos nº 16682.722538/2016-52 e nº 16682.721132/2011-48 são meros elementos que podem construir o convencimento motivado dos Julgadores competentes para o juízo a ser feito nessa demanda - nada mais que isso.

Rejeita-se, então, a preliminar alegada pela Recorrente.

No entanto, em seu substancioso voto, o Conselheiro Relator entendeu aplicável ao caso a norma do artigo 146 do CTN que veda alteração de lançamento, por parte da autoridade fazendária, em virtude da modificação do critério jurídico. Isso porque, a lançamento ora discutido baseia-se, exclusivamente, na constatação na falta de propósito negocial na operação. Por outro lado, o lançamento que deu origem ao Acórdão 1302-001.182 fundamentou enquadrhou as mencionadas operações como simuladas e, portanto, ilícitas. Diante desses fatos, conclui:

No presente caso, adota-se aqui interpretação que a simples prevalência do cancelamento do lançamento, por outro ato administrativo ulterior, de natureza tanto jurisdicional, como de revisão, que entendeu pela improcedência jurídica de seus fundamentos, já reveste-se de introdução de modificação de critérios (e não uma nova Ação Fiscal ou Auto de Infração, que até seria mais favorável aos contribuintes). Assim, é certo que o Acórdão nº 1302-001.182 foi publicado em 01/11/2013.

Não obstante, os efeitos de tal decisão não são imediatos, vez que sujeita a reforma, por provocação processual da parte que sofreu revés de sua pretensão - no caso, a Fazenda Nacional. Nesse sentido, temos que em 06/12/2013 foi interposto Recurso Especial pela Procuradoria da Fazenda Nacional, restando, posteriormente, após 2014, inadmitido tal recurso, tornando-se definitiva tal posição da Administração Tributária.

Nessa linha, considerando tais fatos e datas, tendo vista que a presente demanda trata de fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2012 e 2013 (lavrada em 2017), não poderia ter a Autoridade Fiscal utilizado novos critérios jurídicos na fundamentação de lançamento de ofício referente a este período anterior à introdução da modificação, nos termos do art. 146 do Codex Tributário (quando muito, sendo discutível sua validade em relação apenas ao mês de dezembro de 2013 - hipótese que já se rechaça).

Nesse ponto divirjo, *data venia*, do posicionamento adotado pelo Conselheiro Relator pelos motivos que seguem.

Antes de passarmos a análise da discussão jurídica propriamente dita é importante summarizar os fatos envolvidos.

- a) 2005/2006 - Operação societária que deu origem ao ágio deduzido pela Recorrente;
- b) Processo Administrativo nº 16693.721.132/2011-48 no qual se discute a glosa do aproveitamento do ágio nos anos-calendário de 2006/2010.

c) 01/11/2013 proferido o Acórdão nº 1302.001.182 no qual o CARF exonerou o lançamento por entender não comprovada a simulação, abuso de direito ou fraude à lei na geração do ágio.

d) 25/09/2017 - efetuado o lançamento do presente processo (16682.721.600/2017-70) relativo aos anos-calendários de 2012 e 2013

De acordo com os fatos acima narrados, verifica-se que, quando da realização do lançamento discutidos nesses autos, já havia decisão definitiva do CARF quanto à ausência de simulação na operação que originou o ágio. Diante disso, entendeu o conselheiro relator que houve modificação do critério jurídico por parte da fiscalização.

O artigo 146 do CTN restringe a revisão de lançamento com base em alteração dos critérios jurídicos aos fatos geradores posteriores à sua introdução: Vejamos:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução

Em primeiro lugar, é importante observar que a alteração do critério jurídico não se deu em consequência da decisão administrativa. Isso porque a decisão administrativa eliminou, dentre as possíveis interpretações atribuídas à operação, a existência da simulação. Não exclui, no entanto, demais qualificações jurídicas possíveis de serem atribuídas à operação.

Além disso, é importante observar que a referida norma visa proteger o contribuinte contra alteração de critério jurídico, por parte da autoridade fiscal, na revisão de lançamento que lhe seja mais gravosa. No caso em questão, ambos os lançamentos concluíram pela ilicitude da operação. No primeiro, houve a aplicação da multa de 150% e no presente lançamento de 75%. A prova disso é que o referido artigo está intimamente relacionado ao princípio da irretroatividade. Vale dizer, a mudança gravosa dos critérios jurídicos por parte da fiscalização está circunscrita aos fatos geradores futuros.

Por fim, importante observar que a decisão definitiva do CARF, no processo 16693.721.132/2011-48, ocorreu em 2014 e os fatos geradores discutidos nos presentes autos em 2012 e 2013. Sendo assim, admitir que a decisão proferida naqueles autos introduziria critério jurídico a ser observado pela fiscalização equivale atribuir aquela os efeitos de coisa julgada já rejeitados pelo conselheiro relator.

Sendo assim, entendo que só seria possível admitir a vinculação do posicionamento adotado pelo CARF no Acórdão 1302.001.182, caso este tivesse submetido a alguma das hipóteses previstas no artigo 100 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.(grifamos)

Dessa forma, era imperioso que a recorrente comprovasse o caráter normativo atribuído a decisão administrativa ou que esta decisão configurou prática reiterada por parte das autoridades administrativas.

Em face do exposto, rejeito a preliminar relativa aplicação do artigo 146 do CTN suscitada, de ofício, pelo Conselheiro Relator em seu bem fundamentado voto.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.

Conselheira Edeli Pereira Bessa - Redatora Designada

A maioria qualificada do Colegiado também divergiu do I. Relator para:

- rejeitar a arguição de vício na fundamentação do lançamento para requalificação dos fatos;
- negar provimento ao recurso voluntário relativamente à glosa de amortização de ágio; e
- negar provimento ao recurso voluntário relativamente à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas.

Os fundamentos para tais decisões são, a seguir, expostos.

Arguição de vício na fundamentação do lançamento para requalificação dos fatos

O I. Relator restou vencido em seu entendimento assim sintetizado na ementa originalmente apresentada em sua proposta de voto:

Constatado que a infração apurada foi fruto exclusivo da requalificação jurídica dos fatos colhidos pela Fiscalização, em face da desconsideração da identidade empresarial de empresa participante de transação de aquisição de participação societária, apontando terceiro como seu real adquirente, apresenta-se como elemento fundamental e premissa essencial do

lançamento de ofício a demonstração específica da hipótese autorizadora para tal procedimento e a comprovação correspondente de sua ocorrência.

A desconsideração de atos, negócios e a identidade de pessoas jurídicas pelo Fisco durante ação de fiscalização é medida excepcional e extrema, devendo estar claramente atendidos os requisitos legais para tal procedimento, ainda que haja divergência doutrinária e jurisprudencial sobre as hipóteses autorizadoras.

Considerando que institutos jurídicos como simulação, fraude, abuso (de direito ou de forma) e dissimulação não se confundem, possuindo conteúdo, alcance, efeitos e regulamentação próprias, demandando a demonstração e a comprovação de elementos distintos para a sua caracterização, não pode se valer a Autoridade Fiscal de mera alegação de operação com ausência de propósito negocial.

Sob a premissa de que a acusação fiscal se baseia na *falta de propósito negocial na operação*, bem como na ausência de *propósito empresarial autônomo* de Dufry do Brasil Participações Ltda, e tendo em conta os demais argumentos que resultaram na constatação de que a real adquirente do investimento seria Delmey S/A, o I. Relator conclui que *tal procedimento constitui requalificação dos fatos jurídicos apurados pela Autoridade Fiscal*, admissível apenas na presença de *hipótese legal autorizativa*, mormente porque *no TFV não existe passagem em que aponta para o cometimento de qualquer ilícito ou mesmo se constrói acusação de simulação ou fraude ou, ainda, de ocorrência de dissimulação ou abuso (seja de direito ou de forma)*.

A contribuinte, em recurso voluntário, depois de discorrer sobre as *operações que deram origem ao ágio e as premissas adotadas pelo v. acórdão recorrido para manter a glosa do valor amortizado pela recorrente*, afirma o *propósito negocial das operações societárias realizadas* e, subsidiariamente argumenta que, mesmo desconsiderando tais evidências, o *aproveitamento do ágio já seria suficiente "propósito negocial"*, consoante jurisprudência administrativa que expõe, com base na qual seria *legítimas as operações societárias realizadas com o intuito de ver a carga tributária reduzida, desde que (i) cumpridas as regras de surgimento, registro, mensuração e amortização do ágio; e que (ii) as operações não sejam realizadas de forma dolosa ou ilícita*.

Sob esta ótica, depois de expor os *requisitos para aproveitamento do ágio*, e destacar que *em nenhum momento a i. Autoridade Fiscal questiona a validade do ágio formado pela aquisição das quotas da recorrente pela Dufry Brasil*, a recorrente invoca a proteção aos *princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia privada*, para aduzir que *a despeito da previsão contida no artigo 116, do Código Tributário Nacional, o Fisco não está autorizado a desconsiderar qualquer negócio jurídico do contribuinte, como bem lhe aprouver*, sob o fundamento, apenas, de *que sua forma acarreta consequências de cunho arrecadatório, dado que é autorizada ao contribuinte, no exercício de sua autonomia privada, a escolha da forma pela qual determinado negócio jurídico deverá ocorrer, desde que tal forma não encontre óbice em previsão legal*. A desconsideração, assim, fica limitada às hipóteses em que verificada *mácula de ilicitude que o torne ilegítimo e nulo de pleno direito*.

Acrescenta, ainda, que *mesmo se referido propósito não existisse, não seria possível a aplicação da teoria do "propósito negocial" e da "substância sobre a forma" por ausência de previsão legal*, especialmente porque o parágrafo único do art. 116 do CTN nunca foi regulamentado, senão temporariamente pela Medida Provisória nº 66/2002, cujos dispositivos não foram convertidos em lei. Invoca os princípios da tipicidade cerrada e da estrita legalidade no âmbito tributário para afirmar inadmissível a *aplicação de uma regra que não é válida, isto é, de uma norma que não foi introduzida em nosso ordenamento por meio competente*.

Reporta, por fim, a *inexistência de abuso de forma ou de direito* - termos usados de *forma inadvertida* na acusação fiscal - reiterando a inexistência de dispositivo no ordenamento jurídico que vede a liberdade de as empresas se reorganizarem da melhor forma possível para a consecução de suas atividades empresariais, desde que dentro dos limites legais, até porque a Constituição Federal consagrou a livre iniciativa e a autonomia privada como direitos fundamentais. Cita excertos do voto contrário ao lançamento contra ela antes formalizado e transcreve jurisprudência do CARF no sentido de que a utilização de holdings para a aquisição de participações societárias não configura conduta ilícita ou abusiva. Finaliza observando que está consagrado no Direito Civil que o abuso de direito ocorre quando o titular de um direito subjetivo o utiliza em prejuízo de terceiros, e transcrevendo doutrina acerca da inaplicabilidade do conceito de abuso de direito em matéria tributária.

Acerca da alegada inexistência de autorização para o Fisco *desconsiderar qualquer negócio jurídico do contribuinte*, adota-se aqui o entendimento expresso pela 1ª Turma da CSRF, e claramente exposto na ementa do Acórdão nº 9101-003.447:

NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.

Perfeita a decisão recorrida, ao discorrer que o art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos. Na esfera federal, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto nº 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal. Dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas. No mesmo sentido, precedente na 1ª Turma da CSRF, Ac. 9101-002.953.

Referida decisão está pautada nas razões do voto da Conselheira Cristiane Silva Costa, assim expressas no Acórdão nº 9101-002.953:

O Código Tributário Nacional, em sua redação original, previa a possibilidade de revisão de ofício do lançamento tributário na hipótese de simulação:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (...)

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu o parágrafo único ao artigo 116, para assim dispor:

Art. 116. (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Desde sua edição, a doutrina se divide para tratar da norma do artigo 116, parágrafo único, como eficaz, ou não.

Paulo Ayres Barreto entende que a norma ainda seria ineficaz: "Enquanto lei ordinária não disciplinar o procedimento de desconsideração dos negócios jurídicos realizados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador, será inaplicável o parágrafo único do art. 116 do CTN. Há ineficácia técnica, de natureza sintática." (Planejamento Tributário Limites Normativos, 1ª edição, São Paulo, Noeses, 2016, p. 256)

De outro lado, como pondera Regina Helena Costa, atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça, "o direito positivo já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, à vista do disposto no art. 149, VII, CTN, que estabelece que o lançamento deva ser procedido de ofício na hipótese de o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, ter agido com dolo, fraude ou simulação" (Curso de Direito Tributário, Saraiva, 2009, p. 184). Em que pese interprete desta forma, a Ministra ainda leciona que "Além de parecer desnecessária, ante o disposto no art. 149, VII, CTN, abriga a referida norma demasiada generalidade e latitude, demandando, a nosso ver, que outra lei venha a estatuir as hipóteses de sua aplicação, sob pena de conceder-se demasiada liberdade ao administrador fiscal na desconsideração dos atos e negócios jurídicos" (obra citada, p. 185).

Entendo que a norma do artigo 116 é eficaz, legitimando a desconsideração de atos simulados, reforçando a previsão contida no artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.

A doutrina de Paulo de Barros Carvalho também merece menção, admitindo a desconsideração de atos pelo Fisco, quando

demonstrada a simulação. Sua doutrina enfrenta a simulação sob o ponto de vista da vontade:

"Apenas as operações do contribuinte que mascarem determinada transação econômica e jurídica, ocultando, por formas artificiosas, a realidade, configuram 'operações simuladas'. Se os verdadeiros motivos dos atos praticados pelas partes não cumprirem com a finalidade imputada a eles por lei, bem como neles estiverem presentes cabalmente notas que indiquem verdadeira hipótese de omissão da real intenção do que faz suporte ao negócio jurídico escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer tratamento tributário de ato dissimulado e seus consequentes efeitos jurídicos. (...)

Para que haja simulação é necessário, portanto: (i) conluio entre as partes, (ii) divergência entre a real vontade das partes e negócio por elas declarado; e (iii) intenção de lograr o Fisco. Se tais características, porém, não se apresentarem no caso concreto, será vedado à autoridade administrativa desconsiderar o ato" (*Derivação e Positivação no Direito Tributário*, p. 82)

Esclareço que não comungo do entendimento do ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho sobre a necessidade de ilicitude, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, para fins de desconsideração de operações pelo Fisco (na mesma obra, o professor sustenta que "para que seja admissível a autuação fiscal, desconsiderando o negócio jurídico praticado, não basta que os efeitos econômicos de tal prática sejam semelhantes aos de ato diverso, mas é imprescindível que tenha havido ilicitude em tal realização, nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64")".

Ora, a conformação dos fatos jurídicos à figura da simulação não depende da identificação destes com os artigos 71 a 73 referidos, basta que se amoldem às prescrições do Código Civil (167) e Código Tributário Nacional (art. 149, VII e 116, parágrafo único). As normas de Direito Tributário, no que concerne à simulação, não alteraram o conceito de simulação tratado pela norma de direito privado, relacionada à vontade do agente, manifestada de forma distinta no ato simulado daquela pretendida pelo ato dissimulado. (Grifos originais)

Sob esta ótica, tem razão o contribuinte quando assevera que o Fisco não está autorizado a desconsiderar qualquer negócio jurídico do contribuinte, como bem lhe aprovou, sob o fundamento, apenas, de que sua forma acarreta consequências de cunho arrecadatório. Contudo, é permitido à autoridade fiscal alcançar a realidade das operações, não ficando vinculada ao formato escolhido pelo sujeito passivo para as operações que geraram o ágio amortizado, podendo desconsiderá-lo se reunir evidências suficientes de que outro foi o negócio jurídico efetivamente realizado. Irrelevante, assim, se inexiste previsão legal específica autorizado a aplicação da teoria do "propósito negocial" e da "substância sobre a forma", vez que o parágrafo único do art. 116 do CTN é suficiente para que o Fisco demonstre a obrigação tributária mediante afastamento da dissimulação do fato gerador ou da natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, ainda que a conduta do sujeito passivo não seja caracterizada como ilícita, para fins de qualificação da penalidade.

No presente caso, a acusação fiscal validamente demonstrou a realidade das operações e antecipadamente se opôs às justificativas trazidas para a estruturação adotada, evidenciando a inadmissibilidade da forma escolhida para *consecução de suas atividades empresariais*, ainda que fosse possível a *utilização de holdings para a aquisição de participações societárias*, como bem exposto na decisão de 1^a instância, cujos fundamentos são aqui adotados:

67. *No caso dos autos, restou demonstrado que a real investidora é a empresa sediada no Uruguai, Delmey S/A., e a investida, a Impugnante (Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda, outrora Brasif Duty Free shop Ltda), não obstante a existência de atos formais atestando a aquisição da participação societária da Impugnante pela Dufry do Brasil Participações Ltda. (outrora Senderos Participações Ltda), bem como a incorporação desta pela Impugnante.*

68. *Dessa forma, em não havendo a confusão patrimonial entre a real investidora (Delmey S/A) e a Investida (Impugnante), em outras palavras, ao permanecer cada empresa com sua personalidade jurídica distinta, não há como aceitar os efeitos tributários da despesa de amortização do ágio realizada pela Impugnante, uma vez que não se verifica, no caso concreto, a incidência das normas previstas nos artigos 7º e 8º, da Lei 9.532/97.*

69. *Tal fato ocorre porque o ágio não deveria estar contabilizado na Impugnante, mas na Delmey S.A, que foi quem efetivamente despendeu os recursos necessários para a aquisição da Impugnante, conforme se passa a expor.*

70. *Extrai-se dos autos que o grupo internacional DUFRY, visando a ingressar no mercado brasileiro de lojas francas (duty free shop), abriu negociações, por meio da Delmey S.A, para aquisição de empresas sediadas no Brasil, dentre as quais assume relevância a Impugnante, uma vez que esta já atuava nesse ramo de atividade e sobre ela é que recaía a quase totalidade da quantia envolvida nas negociações.*

71. *Todavia, ao invés de adquirir diretamente as quotas do capital dos sócios da Impugnante, detidas indiretamente por pessoas físicas de uma família, a Delmey S.A. adquiriu uma empresa, inexpressiva em termos econômicos, constituindo por meio dela uma holding, de curta existência, a Dufry do Brasil Participações Ltda., que não teve outro fim senão o de se interpor entre a investidora (Delmey) e a investida (Impugnante), de modo a criar artificialmente um ágio amortizável na Impugnante.*

72. *À tal artifício procedural, aceito por alguns tributaristas e rechaçado por outros, a doutrina e a jurisprudência denominam “utilização de empresa veículo”.*

73. *No caso dos autos, a condição de empresa veículo ficou bem caracterizada, uma vez que foi necessário transferir da Delmey S/A para a Dufry do Brasil Participações Ltda., os recursos*

necessários para que esta, num curto espaço de tempo, adquirisse as quotas societárias da Impugnante, o que foi feito por meio de aumento de capital (R\$ 53.531.400,00), em 15/03/2006, e de empréstimo de US\$ 225.950.000,00 (R\$ 483.588.497,00), em 23/03/2006.

74. *Nesta mesma data (23/03/2006), a Dufry do Brasil Participações Ltda. adquiriu participação de 100% do capital da Impugnante, pagando aos sócios desta, pessoas físicas, o montante de US\$ 250.000.000,00, correspondentes a R\$ 535.086.667,71, dos quais R\$ 39.234.501,04 correspondem ao valor patrimonial da participação societária e, R\$ 485.418.166,65, ao ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.*

75. *Em 07/04/2006, ou seja, quinze dias após o ato de aquisição, a Dufry do Brasil Participações Ltda foi incorporada pela Impugnante, criando-se, nesta empresa, um ágio amortizável que é irreal, pois não foi pago pela incorporada, mas pela Delmey SA, empresa onde o ágio deveria estar efetivamente contabilizado.*

76. *Ainda que sejam mais do que suficientes tais constatações para demonstrar que a Dufry do Brasil Participações Ltda. não tinha substância econômica, servindo apenas como mera empresa veículo, nos atos de reorganização societária promovidos pelo Grupo Dufry e a Impugnante, a Fiscalização traz outros elementos fáticos que vem corroborar com suas conclusões, dentre os quais pode-se citar o fato de haver, na conta representativa das disponibilidades da Dufry do Brasil Participações Ltda apenas registros da integralização do Capital pela Delmey S/A, do empréstimo em moeda estrangeira da Delmey S/A e da aquisição da Brasif Duty Free Shop, da EMAC Comercio e Importação Ltda. e da Iperco Comércio Exterior S/A, todos datados de 23/03/2006, não havendo, no restante da contabilidade, qualquer registro de outras atividades empresariais, como pagamentos a empregados, aquisição de bens do ativo imobilizado, manutenção da sede etc.*

77. *Como bem observado pela Fiscalização, mesmo quando se cria uma holding (pessoa jurídica destinada a participar de outras pessoas jurídicas) no Brasil, a empresa conta com uma estrutura com empregados e sede para realizar seu objeto social. Ou seja, possui substância econômica, gera empregos etc.*

78. *A Fiscalizada, ora Impugnante, traz vários argumentos para justificar a criação da Dufry do Brasil Participações Ltda., tais como a) a necessidade de coordenar a aquisição de três empresas de ramos distintos; b) agilizar as aquisições em razão de outros concorrentes de porte internacional que disputavam a compra; c) atividade altamente regulada, não apenas pelas autoridades tributárias, mas também pelas autoridades aeronáuticas, d) necessidade de notificar o órgão de defesa da concorrência..*

79. Segundo a Impugnante, se a aquisição do investimento nas três sociedades fosse feito pela Delmey S/A, empresa não-residente, os custos envolvidos na operação triplicariam, além do que os atrasos nas negociações poderiam levar à perda do negócio. Além disso a criação da Dufry do Brasil Participações Ltda. teria viabilizado e facilitado a constituição, junto ao Banco Bradesco S/A, de conta-garantia (escrow account) para fazer frente a possíveis contingências dos vendedores.

80. Alega ainda que a Dufry do Brasil Participações Ltda desempenhou papel importante no período de transição (posterior à compra), trabalhando no planejamento estratégico das futuras atividades da Impugnante, bem como na revisão das áreas onde deveria haver trocas de profissionais e na detecção dos pontos fortes e das fragilidades do negócio recém-adquirido.

81. Conclui a Impugnante que a Dufry do Brasil Participações Ltda. foi criada para desempenhar funções operacionais, as quais seriam imprescindíveis para o desenvolvimento e a expansão das atividades do Grupo Dufry no Brasil, o que demonstraria seu inequívoco propósito negocial.

82. A Fiscalização rechaça tais argumentos, afirmando que eles não são suficientes para justificar a realização do negócio, uma vez que todos os recursos empregados, todas as garantias fornecidas e toda a capacidade operacional para a concretização da operação foram proporcionados pela Delmey S.A., mediante aumento de capital e concessão de empréstimo à Dufry do Brasil Participações Ltda.

83. Conclui a Fiscalização que as pessoas físicas, então quotistas da Brasif Duty Free Shop Ltda. (Dufry do Brasil Duty Free Shop), negociaram suas quotas com a Delmey S.A. e não com a Dufry do Brasil Participações Ltda.

84. Não há dúvida de que, neste embate de argumentos, há que prevalecer o entendimento da Fiscalização, conforme vem se expondo ao longo desse voto, uma vez que a pretensa confusão patrimonial representada pelo ato de incorporação da Dufry do Brasil Participações Ltda, pela Impugnante, não provocou alterações substanciais no estado em que se encontrava a Impugnante antes da incorporação, simplesmente, porque a incorporada não era ativa economicamente. As únicas alterações na Impugnante foram a mudança de sua denominação social, Brasif Duty Free shop Ltda. para Dufry do Brasil Duty Free Shop, e o indevido surgimento do ágio amortizável em sua contabilidade.

85. Frise-se que não se pretende aqui desconstituir, formalmente, os atos de natureza de direito privado praticados pela Impugnante e pelo grupo internacional Dufry, todavia, não há como reconhecer os efeitos tributários que a Impugnante deu aos mesmos.

86. Se a Impugnante, ao apurar o lucro real do ano-calendário 2011, houvesse adicionado ao lucro líquido as despesas de

amortização do ágio, não se estaria aqui a questionar os efeitos tributários de seu atos, sequer teria havido a lavratura dos Autos de Infração, ora em discussão.

87. Por seu turno, a Impugnante traz outros argumentos que visam a impedir o direito de a Fiscalização afastar para efeitos tributários as operações que culminaram com a contabilização do ágio, quais sejam:

- a) impossibilidade de a Fiscalização criar e impor condições que não encontram guarida em qualquer documento legal;
- b) impossibilidade de a Fiscalização desconsiderar a existência da holding, cujo objeto social é deter participação societária em outras empresas, sob pena de violação ao artigo 110, do CTN, que veda à legislação tributária alterar definições oriundas de outras áreas do Direito;
- c) impossibilidade de desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação, unicamente, por motivações econômicas;
- d) nunca foi regulamentada a desconsideração de atos ou negócios jurídicos, ainda que lícitos, que tenham como única finalidade a redução de tributos;
- e) considerando a ausência de tipificação legal, tal interpretação jamais poderia ser adotada em um sistema jurídico como o brasileiro, que se baseia na legalidade,
- f) os princípios da tipicidade cerrada e da estrita legalidade aplicam-se para garantir o respeito a um sobreprincípio, o da segurança jurídica;
- g) tipicidade é uma garantia da legalidade e da segurança jurídica, pois impede a tributação de fatos jurídicos tributários não previstos na legislação;
- h) a Autoridade Fiscal tenta fundamentar a operação na existência de abuso de forma ou de direito;
- i) abuso de direito não tem aplicação no direito tributário, pois trata-se de relação jurídica irreflexiva, onde não há possibilidade de troca na posição dos sujeitos, portanto, nunca será o contribuinte titular de qualquer direito subjetivo perante o Fisco;
- j) ao Fisco não é autorizada a mera desconsideração do negócio jurídico, sob o fundamento de que sua forma acarreta consequências de cunho arrecadatório;
- k) é autorizada ao contribuinte, no exercício de sua autonomia privada, a escolha da forma pela qual determinado negócio jurídico deverá ocorrer, desde que tal forma não encontre óbice em previsão legal.

88. Em que pesem os argumentos da Impugnante, muitos deles respaldados em parcela de abalizada doutrina, entende este relator que o Auditor Fiscal tem o dever de apurar os fatos realmente ocorridos e aplicar as normas que se amoldam aos mesmos, não podendo o trabalho fiscal ficar restrito a admitir os efeitos tributários de atos formais e documentos que distorçam a realidade. Interpretação diversa implicaria por em risco a atividade tributária, prevista na Constituição Federal e positivada no artigo 142, do CTN, abaixo transrito:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

89. Por outro lado, nosso ordenamento jurídico assegura ao sujeito passivo o direito à ampla defesa e ao contraditório, a fim de que ele possa apresentar suas razões de fato e de direito, com vistas à desconstituição do lançamento tributário, direito este que, no âmbito do contencioso administrativo federal, é regulado pelo Decreto 70.235/72.

90. Portanto, não há como acolher as alegações da Impugnante no sentido de que as hipóteses de desconsideração dos efeitos tributários de negócios jurídicos estariam restritas às condutas dolosas ou ilícitas e que a desconsideração de atos lícitos, com fundamento econômico (falta de propósito negocial), no abuso de direito e de forma, seria inaplicável, em razão de não ter sido editada lei ordinária regulamentando o parágrafo primeiro, do art. 116, do CTN,

91. A interpretação dos negócios jurídicos, não somente pela forma como foram exteriorizados, mas também pela sua substância, é admitida, não apenas no âmbito dos contenciosos administrativo e judicial, mas também pela doutrina, conforme se observa nos trechos, abaixo, extraídos da obra de Marco Aurélio Greco, intitulada “Planejamento Tributário”, 3ª Edição, pg 286, 287:

Sobre as verdadeiras patologias que contaminam o planejamento tributário

(...)

Se nos mantivermos apenas no plano da doutrina, a tendência será responder que as patologias que comprometem a produção dos efeitos tributários desejados são as clássicas simulação, fraude à lei e abuso (de direito ou de forma). Esta resposta é plenamente compreensível caso se entenda que o debate deve ser posicionado exclusivamente no plano dos conceitos ou das categorias jurídicas abstratas.

Se formos, porém, para a jurisprudência e perguntarmos o que incomoda o julgador a ponto de leva-lo a negar efeitos pretendidos pelo contribuinte a resposta não serão as clássicas patologias, mas situações peculiares em que o debate conceitual resulta em segundo plano por ganhar um outro fenômeno: a distorção.

(...)

Ou seja, ao pensarmos em patologias que contaminam os planejamentos tributários não devemos supor que o debate se restrinja ao plano abstrato, conceitual das categorias de vício, mas ele se desdobra pelo exame prático, concreto, das condutas efetivamente realizadas pelo contribuinte a ponto de se poder dizer que a verdadeira patologia que está por baixo das várias categorias é a “distorção” que pode se referir a vontades, objetivos, forma e substância etc.

Em suma, o debate não é conceitual em abstrato, mas substancial diante da realidade das condutas.

92. Ressalte-se ainda que o fato de o CTN autorizar o lançamento de ofício, nos casos em que fique comprovado o dolo, a fraude ou a simulação, conforme artigo 149, VII, não significa que o lançamento que desconsidera determinados efeitos de negócios jurídicos só possa ser realizado nas hipóteses em que as citadas figuras jurídicas fiquem caracterizadas, uma vez que sempre é cabível o lançamento, quando o contribuinte, no exercício de seu dever de antecipar o pagamento, deixa de fazê-lo total ou parcialmente, conforme transcrições abaixo:

CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

(...)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

93. *Por outro lado, não é o fato de o legislador ordinário, em atenção às especificidades de cada tributo, não ter ainda estabelecido situações hipotéticas e procedimentos específicos para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos, que visam a ocultar o fato jurídico tributário, que impediria à Fiscalização de constituir o crédito tributário, segundo sua convicção acerca dos fatos efetivamente ocorridos.*

94. *Tal entendimento é extraído do conjunto de normas que compõem o CTN e não apenas de um ou de dois de seus dispositivos. A própria definição que o CTN dá ao fato gerador denota que a substância deve prevalecer sobre a forma, e não faz exceção a essa regra o artigo 116, do CTN, invocado pela Impugnante:*

CTN

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

95. Quanto à alegação de que a Fiscalização teria tentado enquadrar, em abuso de direito e de forma, os atos praticados pela Impugnante e o Grupo Dufry, não há dúvida, para este relator, sobre a pertinência de tal entendimento. A criação de uma holding para se interpor numa negociação que, na realidade, ocorreu entre a Delmey S.A e a Impugnante, revela abuso de direito, pois, embora esta operação aparente ser lícita, sob o aspecto formal, demonstra desarrazoabilidade no exercício do direito, com prejuízo à coletividade, na medida em que houve redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por tais razões, deve ser REJEITADA a arguição de vício na fundamentação do lançamento para requalificação dos fatos.

Glosa de amortização de ágio

A maioria qualificada do Colegiado também discordou da conclusão do I. Relator no sentido de que *considera-se a amortização de ágio procedida pela Recorrente como plenamente lícita e válida, devem ser integralmente canceladas as Autuações, considerando, por todos motivos acima expostos, válida a utilização da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda, a qual deve figura-se titular legal e legítima do ágio percebido nas operações de 2006*. Foi mantido o entendimento reiteradamente manifestado por este Colegiado contrariamente à amortização fiscal de ágio em tais circunstâncias.

Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.(Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (negrejou-se)

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrita:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento, e as justificativas apresentadas pela *Comissão de Finanças e Tributação* para negar sua revogação por meio do Projeto de Lei nº 2.922/2000 não alteram a motivação originalmente apresentada para a edição dos dispositivos legais em referência.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira (*Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766):

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível - haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de

outra", segundo o "caput" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "na qual detenha participação societária adquirida com ágio". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "em virtude de incorporação, fusão ou cisão".

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.

Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida.

Na sistemática vigente à época, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com consequente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, a real adquirente (Delmey Sociedad Anonima) e a investida (Brasif Duty Free Shop Ltda) permaneceram existindo.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a

controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, consequentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora alocado o ágio em empresa veículo, e na seqüência na incorporadora desta, os efeitos econômicos do investimento contabilizado na controladora por ocasião do aporte de caixa na empresa veículo subsistem. Em consequência, a incorporação entre a investida e esta empresa que localizou temporariamente o ágio não atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

[...]

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (negrou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. A interposição de uma empresa veículo não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora ("Société"), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta, à época, no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.(Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Daí porque a acusação fiscal validamente conclui que, considerando o disposto no art. 386 do RIR/99, a incorporação promovida sob a invocação do art. 8º da Lei nº 9.532/97 não se prestou a viabilizar a dedutibilidade fiscal do ágio. Inexiste, portanto, qualquer vício no fundamento legal da exigência.

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização

contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73)*. E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).*

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79)*. Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

A provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no patrimônio da investidora apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

Por oportuno registre-se, ainda, que também neste sentido foi a decisão proferida no Acórdão nº 1401-002.725, que teve em conta as glosas de amortização do mesmo ágio, em período precedente (2011).

*Ao analisar a operação que deu origem ao ágio em questão, a autoridade autuante entendeu que a operação efetiva consistiu na aquisição das quotas da Recorrente pela sociedade uruguaia Delmey Sociedad Anomina (**Delmey**), sendo que a Dufry do Brasil Participações Ltda. (**Dufry Participações**) "nunca existiu materialmente, apenas formalmente, funcionando como mero veículo para a aquisição com ágio da fiscalizada pelo grupo internacional DUFRY de forma a tornar juridicamente possível a posterior amortização e dedução fiscal desse ágio.". Em outros termos, considerou a autoridade autuante que "a realidade é que as pessoas físicas, então quotistas da Brasif Duty Free Shop Ltda. negociaram suas quotas com a Delmey S.A., e não com a Dufry do Brasil Participações Ltda.". (fl. 1740)*

Em síntese, as operações foram assim descritas no TVF:

(i) em 7 de março de 2006 a sociedade uruguaia Delmey adquiriu a Dufry Participações (então denominada Senderos Participações Ltda.)

(ii) também em 7 de março de 2006 ocorreram reestruturações societárias que resultaram em que as quotas da Recorrente,

então detidas pela Brasif Participações, passaram a ser detidas por sócios pessoas físicas.

(iii) em 23 de março de 2016 8 dias após receber uma injeção de capital da ordem de US\$500 milhões a uruguaia Delmey aumentou o capital da Dufry Participações, de R\$100,00 para R\$ 53.531.400,00, bem como efetuou empréstimo em favor desta em valor correspondente a US\$225.950.000,00.

(iv) ainda em 23 de março de 2016, a Dufry Participações adquiriu dos quotistas pessoas físicas as quotas representativas do capital social da ora Recorrente, pelo valor de US\$ 250 milhões (correspondentes a R\$ 535.086.667,71). O contrato de 23 de março substituiu integralmente a versão datada de 11 de março apresentada às autoridades concorrenceis. O valor de aquisição foi composto das seguintes parcelas:

- R\$ 39.234.501,04 correspondem valor patrimonial da Recorrente e R\$ 485.418.166,65 foram consignados como ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;*
- R\$ 4.240.993,05 correspondem à participação (54,03%) na sociedade EMAC Comércio e Importação Ltda. e R\$ 3.679.006,95 referem-se ao ágio na aquisição dessa participação;*
- R\$ 2.727.885,85 correspondem à participação (100%) na sociedade Iperco Comércio Exterior S/A e R\$ 213.885,85 foram consignados como deságio na aquisição dessa participação.*

(v) em 7 de abril de 2006, a ora Recorrente incorporou sua controladora Dufry Participações, dando origem à amortização do ágio.

(vi) em 13 de outubro de 2006, o capital social da Delmey sofreu redução no valor de US\$ 254 milhões, mediante retirada em espécie.

Além a efêmera existência da Dufry Participações (menos de oito meses, sendo que apenas três meses após ter sido adquirida pela Delmey), outro fator que levou a fiscalização a entender pelo que chamou de "falta de propósito negocial" está relacionado à escrituração da Dufry Participações.

Isso porque, ainda conforme o TVF, para o ano-calendário de 2006 os únicos lançamentos na conta Bancos ocorreram em 23 de março de 2016 e são referentes ou às entradas de recursos provenientes da integralização de capital e do empréstimo efetuados pela Delmey, ou à saída de valores em favor das pessoas físicas para pagamento pelas quotas da Recorrente. Além disso, os registros contábeis se limitam ao período de 07/03/2006 a 01/06/2006, não havendo registro algum referente a pagamentos a empregados, aquisição de bens integrantes do ativo imobilizado, manutenção da sede ou quaisquer outros inerentes às atividades empresariais comuns de qualquer sociedade, mesmo considerando tratarse de holding.

Por outro lado, a Recorrente rebate as acusações e busca reafirmar o papel negocial da Dufry Brasil na operação, observando que o Grupo Dufry sentiu a necessidade de ter uma empresa no Brasil para:

- (a) viabilizar e coordenar a aquisição da participação societária da Brasif, que atuava no ramo de lojas francas, e também de outras 2 empresas com frentes de negócios distintas.*
- (b) dar agilidade às providências para a 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;*
- (c) não se tratava de apenas um vendedor, mas de 6 vendedores, pessoas físicas brasileiras, com os quais a Dufry Brasil teceu "longas negociações";*
- (d) 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 (fls. 2012 a 2017 Infraero);*
- (e) 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 (fls. 2019 a 2021).*
- (f) aventou-se a possibilidade de a Dufry Brasil realizar Oferta Pública de Ações após a aquisição.*

As justificativas prestadas pela Recorrente, algumas delas contestadas já pela autoridade autuante, são consistentes em tese, mas não há prova de que se apliquem ao caso.

Explico.

O argumento da necessidade de ter uma pessoa jurídica no Brasil para viabilizar e coordenar a aquisição das participações societárias no Brasil não subsiste quando se verifica a completa ausência de provas quanto à efetiva atuação da Dufry Participações na operação. A própria fiscalização já havia tecido comentários neste sentido, ao contestar as respostas à intimação fornecidas pela contribuinte, vejase, por exemplo, o seguinte trecho do TVF:

A argumentação de que a Dufry do Brasil Participações Ltda. seria fundamental para a realização do negócio, pois a sua finalização através de uma entidade não residente seria demasiadamente onerosa, difícil e de resultados incertos, não é suficiente já que todos os recursos empregados, todas as garantias fornecidas e toda a capacidade operacional para a realização da operação foram proporcionados pela Delmey S.A. mediante aumento de capital e concessão de empréstimo à Dufry do Brasil Participações Ltda.. Assim, a realidade é que as pessoas físicas, então quotistas da

Brasif Duty Free Shop Ltda. negociaram suas quotas com a Delmey S.A., e não com a Dufry do Brasil Participações Ltda.

A emissão de parecer favorável da Secretaria de Acompanhamento Econômico –CADE – bem como a aprovação pela INFRAERO não estavam, de maneira alguma, condicionadas à criação de outra empresa, mesmo porque essa sociedade não tinha qualquer autonomia, capacidade financeira ou operacional para a realização dessa operação. Os parâmetros para as referidas concessões envolvem variáveis de naturezas distintas às apresentadas na argumentação exposta, até porque se existissem restrições à realização de aquisições societárias por empresas situadas no Uruguai, não seria a criação de empresa interposta que viabilizaria a operação.

Da mesma forma, não se justifica a utilização da Dufry do Brasil Participações Ltda. em função da necessidade de abertura de conta bancária de caução (escrow account) para o depósito da parcela correspondente à 7,5% do negócio (item 2.5 do Acordo de Compra e Venda de Ações Reformulado, doc. 4). Tal cláusula foi estabelecida simplesmente pela vontade das partes, não havendo qualquer determinação legal para isso.

Destaca-se o fato de que todos os recursos para a concretização da operação foram supridos pela empresa uruguaia Delmey S.A.

Assim, qualquer garantia eventualmente necessária à realização da operação poderia ter sido fornecida diretamente pelo real adquirente (Delmey) em benefício dos antigos proprietários das quotas. Destaque-se ainda que, como já foi exposto anteriormente, todas as operações financeiras ocorridas no ano-calendário 2006 na Dufry do Brasil Participações Ltda. foram registradas na contabilidade no dia 23/03/2006. Nessa data, consta o registro contábil do valor total da operação, não tendo sido identificadas parcelas anteriores desembolsadas a título de garantia.

Concluindo, todos os motivos apresentados como justificativa para a criação da empresa Dufry do Brasil Participações Ltda. não se revelaram imprescindíveis à concretização da operação. Eis que as formalidades alegadas poderiam ter sido cumpridas por um simples representante do real adquirente: Delmey S.A. (fl. 1738-1739).

O argumento de que foi fundamental que a Dufry Participações pudesse internar os recursos necessários para a aquisição e tê-los disponíveis para tanto também não subsiste quando se verifica que, na prática, os recursos não ficaram "disponíveis" no Brasil, pois no mesmo dia em que a Dufry Participações recebeu os valores de sua controladora estrangeira ela realizou os pagamentos às pessoas físicas vendedoras.

A Dufry Participações também não parece ter sido fundamental na negociação com os 6 vendedores pessoas físicas brasileiras, em especial quando se leva em consideração que ela foi adquirida pela Delmey no mesmo dia em que as pessoas físicas se tornaram detentoras da participação societária a ser alienada, não sendo crível que uma negociação desse porte tenha se concretizado em apenas 4 dias (entre os dias 7 e 11 de março, data da primeira versão do contrato de compra e venda

apresentado às autoridades concorrenceis e cujos termos não foram essencialmente alterados). Em outras palavras, não foi ela (nem por meio dela) que foram feitas as negociações, e não obstante as alegações não há provas no processo de que ela tenha sido de qualquer forma relevante nesse processo.

Vale notar, ademais, que a documentação enviada e recebida da Infraero acostada aos autos pela contribuinte (fls. 2012 a 2017) não prova que o fato de se tratar de atividade altamente regulada levou à necessidade de aquisição realizada por empresa brasileira.

Ali consta apenas carta datada de 14 de março de 2006 na qual o "Grupo Dufry" noticia a conclusão das negociações para a transferência do controle societário da Recorrente, bem como documentos da Infraero registrando que a mera transferência de controle societário de concessionária não compromete os contratos firmados. Ou seja, da documentação constante dos autos não se extrai nenhuma informação sobre a efetiva atuação da Dufry Participações.

Também os documentos juntados aos autos pela ora Recorrente referentes às comunicações às autoridades concorrenceis nada dizem sobre a atuação da Dufry Participações. Os documentos de fls. 2019 a 2021 apenas comprovam que tal notificação foi realizada, e que a operação sido aprovada em 31 de janeiro de 2007.

Por fim, sobre o fato de se ter aventado a possibilidade de a Dufry Participações realizar Oferta Pública de Ações após a aquisição, a Recorrente não traz qualquer explicação a respeito, nem nenhum início de prova de que tal tenha ocorrido.

Em resumo, portanto, embora a defesa tenha mencionado pontos em tese relevantes, da análise das provas acostadas aos autos não é possível extrair qualquer conclusão sobre a atuação ou a materialidade da Dufry Participações. Não parece ter sido ela a verdadeira adquirente da participação societária que deu origem ao ágio.

Por outro lado, o Termo de Verificação Fiscal foi bem enfático quanto à interposição e da existência apenas "no papel" de tal pessoa jurídica, tendo trazido indícios convergentes para esta conclusão, sobretudo quando observou a efemeride da sua existência e a ausência de registros contábeis relacionados a despesas que seriam comuns a qualquer tipo de empresa, o que releva que, na prática, a Dufry Participações efetivamente nunca atuou como pessoa jurídica, ou seja, como sujeito de deveres e obrigações (ou que apenas assim atuou com relação à operação societária que se pretende descharacterizar, no caso, a aquisição que deu origem ao ágio).

Como tenho observado em meus votos sobre o assunto, mesmo uma holding requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ.

Não se nega que uma companhia possa ter por objeto exclusivamente participar de outras sociedades até porque a própria Lei das S.A. (Lei 6.404/1976) prevê tal possibilidade em seu artigo 2º, § 3º, observando, ademais, que tal participação pode ocorrer ainda que não prevista no estatuto, seja como meio de realizar o objeto social seja para beneficiar-se de incentivos fiscais().*

(*) Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. (...)

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Ocorre que qualquer sociedade, mesmo a chamada "holding pura", não prescinde de um conteúdo material mínimo não se exige, por óbvio, atividades operacionais, nem necessariamente a contratação de empregados, mas toda empresa tem um endereço sede, alguém que lhe prepare a contabilidade, alguém que assine por ela e lhe "presente" perante terceiros (Pontes de Miranda), custos com registros de seus atos societários, e tudo isso envolve um mínimo de despesas que, se não são arcadas diretamente por ela, são pagas por alguém em nome dela, e de um modo ou de outro devem, pelo menos, constar de seus registros patrimoniais e contábeis. A ausência de qualquer tipo de despesa, aliada à inexistência de quaisquer outros bens ou direitos que não a participação societária que se adquiriu com ágio, enfraquece muito o cenário que se pretende defender, que é de efetiva existência da pessoa jurídica.

Note que, quando dizemos "efetiva existência da pessoa jurídica" estamos nos referindo à existência da pessoa jurídica como "sociedade" ou "empresa", e não como um mero registro formal.

O contrato de sociedade é assim conceituado pelo artigo 981 do Código Civil (Lei 10.406/2002):

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Como se sabe, o Direito Brasileiro atual simpatiza com a teoria dos perfis da empresa de Asquini, a qual trata a empresa como "fenômeno poliédrico que assume, sob o aspecto jurídico, em relação ao diferentes elementos nele concorrentes, não um mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição" (Exposição de Motivos Complementar apresentada pelo Prof. Sylvio Marcondes responsável pela elaboração do Livro II — "Direito da Empresa" no anteprojeto do Código Civil/2002).

Assim, só há que se falar em "sociedade" ou "empresa" na presença de "atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo

empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens" (*BULGARELLI, Waldírio. Tratado de Direito Empresarial, 2^a ed., São Paulo: Atlas, 1995, p.100*).

No Direito Tributário isso fica claro em diversas passagens. A noção jurídica de empresa está disposta, por exemplo, no caput do art. 132 do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica que resulta da fusão, transformação ou incorporação, pelos tributos devidos pelos antecessores. Segundo este dispositivo, existe uma figura jurídica associada a uma empresa mas, caso tal figura jurídica desapareça, o desaparecimento não causa a "morte" da empresa, que continua como entidade autônoma, com vida jurídica própria, respondendo por atos pretéritos.

Ressalte-se que o acima é apenas um exemplo ilustrativo mas, no caso em questão, nem era preciso ir tão longe.

No caso, e em resumo, considerando a existência meramente formal da Dufry Participações no momento da geração do ágio, a conclusão a que se chega é de que não houve a necessária liquidação do investimento e que, portanto, está ausente um dos requisitos legais para a dedução das despesas com amortização de ágio.

Registre-se que não se está aqui a discorrer sobre os conceitos de propósito negocial e substância econômica, até porque estes carecem de fundamento legal, tornando-se deveras subjetivos e abrangentes. Nem se pretende investigar, na operação, a existência de razões econômicas que vão além da obtenção de vantagem fiscal (ou seja, não se adentra a questionamentos sobre a "necessidade" da operação), já que tal requisito, assim considerado, também inexiste em nosso ordenamento.

De fato, temos presenciado com preocupante frequência a utilização, pelas autoridades fiscais, da suposta "teoria do propósito negocial" por meio do qual se defende que a simples ausência sob a ótica do fisco de outros motivos para a operação que não o alcance do benefício fiscal já seria elemento suficiente para invalidar as operações ou, ao menos, as vantagens fiscais daí resultantes.

Tal racional, além de carecer de suporte jurídico, guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidas vantagens fiscais a contribuintes que cumpram determinados requisitos expressos na legislação.

Daí é que o que se vê, frequentemente, é a criação de requisitos adicionais àqueles previstos na legislação, sem qualquer amparo jurídico, e fundado exclusivamente em uma premissa falsa, e quase preconceituosa de que uma operação que vise exclusivamente a atingir vantagem fiscal legalmente prevista "não vale para fins fiscais".

Dizemos que não é preciso ir tão longe já que a questão é bem mais simples: se uma operação é realizada por uma sociedade empresária, o mínimo que se espera é que esta exista. Em outras palavras, não se pode admitir como existentes sociedades nem mesmo holdings constituídas apenas no papel, sem qualquer substrato material mínimo, eis que, em tais casos, não existe de fato a empresa i. e., esta não passa de uma simulação, de um nada jurídico.

Vamos a um exemplo um pouco mais extremo, apenas no intuito de ilustrar o que se diz acima: nossa legislação garante determinadas reduções de tributos a contribuintes que se estabeleçam na Zona Franca de Manaus. Pois bem. Quando as autoridades fiscais investigam os contribuintes que se beneficiam de tais incentivos, não questionam qual foi o motivo extra-tributário que levou à decisão de se estabelecer em tal área. Pelo contrário, muitas vezes tais contribuintes realmente não têm outra justificativa, eis que se distanciam de seu mercado consumidor e não raro não encontram lá uma melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é, portanto, o gozo do incentivo fiscal, e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação independentemente do "propósito negocial" da decisão de se estabelecer na Zona Franca de Manaus.

Mas o que se espera de tais pessoas jurídicas? Que elas realmente se estabeleçam na região da Zona Franca de Manaus e lá produzam seus produtos. Assim, uma pessoa jurídica que o faça apenas formalmente, "no papel", não terá direito ao gozo dos benefícios não porque a operação não tenha "propósito negocial", mas simplesmente porque a pessoa jurídica não existe como "sociedade empresária", por não haver "empresa" naquele local.

O mesmo se pode dizer da amortização fiscal do ágio. A legislação traz requisitos para que o valor do ágio seja deduzido como despesa que, uma vez presentes, devem levar ao resultado pretendido, independentemente dos "motivos não fiscais" que levaram à aquisição do investimento ou à incorporação. Mas isso desde que a pessoa jurídica que se diz adquirente e incorporadora/incorporada exista como "sociedade empresária", do contrário o negócio não passará de uma simulação.

Dai porque alguns talvez de maneira não técnica qualificam este tipo de negócio como "abusivo". Tal "abuso" é a qualificação que estes dão à utilização de um instituto jurídico (no caso, o da pessoa jurídica) sem se atingir seu fim próprio fim este que outros chamam de "causa" (e, no caso da sociedade empresária, é o exercício de atividade econômica e a partilha dos respectivos resultados).

Por tais razões oriento meu voto para negar provimento ao recurso voluntário com relação à glosa de despesas com amortização de ágio.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente às glosas de amortização de ágio.

Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas

A recorrente argumenta que a impossibilidade de exigência concomitante da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e da multa de ofício proporcional sobre os tributos devidos no ajuste anual de 2012 estaria reconhecida na Súmula CARF nº 105, e defende que *essa situação configura dupla (e inadmissível imposição de pena ao mesmo fato, razão pela qual a multa proporcional absorve a imposição da multa isolada, que nada mais é do que o fenômeno da consunção).* Acrescenta que esta defesa é *aplicável mesmo aos casos cuja multa isolada foi fundamentada sob as alterações promovidas pela Lei nº 11.488/2007, na medida em que o conteúdo de referido texto novel não contraria o entendimento antes esposado.*

Ocorre que a legislação fixa como regra a apuração trimestral do lucro real ou da base de cálculo da CSLL, e facilita aos contribuintes a apuração destes resultados apenas ao final do ano-calendário caso recolham as antecipações mensais devidas, com base na receita bruta e acréscimos, ou justifiquem sua redução/dispensa mediante balancetes de suspensão/redução.

Se assim não procedem, desde a redação original da Lei nº 9.430/96 estava assim disposto:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...]

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

[...]

IV -isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

[...]

Conclui-se, daí, que o legislador estabeleceu a possibilidade de a penalidade ser aplicada mesmo depois de encerrado o ano-calendário correspondente, e ainda que evidenciada a desnecessidade das antecipações, nesta ocasião, por inexistência de IRPJ ou CSLL devidos na apuração anual. Para exonerar-se da referida obrigação, cumpria à

contribuinte levantar balancetes mensais de suspensão, e evidenciar a inexistência de base de cálculo para recolhimento das estimativas durante todo o ano-calendário.

Ausente tal demonstração, resta patente a inobservância da obrigação imposta àqueles que optam pela apuração anual do lucro. Logo, para não se sujeitar à multa de ofício isolada, deveria a contribuinte ter apurado e recolhido os valores estimados com os acréscimos moratórios calculados desde a data de vencimento pertinente a cada mês, e não meramente determinar o valor que, ao final, ainda remanesceu devido nos cálculos do ajuste anual.

Ou seja, para desfazer espontaneamente a infração de falta de recolhimento das estimativas, deveria a contribuinte quitá-las, ainda que verificando que os tributos devidos ao final do ano-calendário seriam inferiores à soma das estimativas devidas. Apenas que a quitação destas estimativas, porque posteriores ao encerramento do ano-calendário, resultaria em um saldo negativo de IRPJ ou CSLL, passível de compensação com débitos de períodos subsequentes, à semelhança do que viria a ocorrer se a contribuinte houvesse recolhido as antecipações no prazo legal.

Já se a contribuinte assim não age, o procedimento a ser adotado pela Fiscalização difere desta regularização espontânea. Isto porque seria incongruente exigir os valores que deixaram de ser recolhidos mensalmente e, ao mesmo tempo, considerá-los quitados para recomposição do ajuste anual e lançamento de eventual parcela excedente às estimativas mensais.

Assim, optou o legislador pela dispensa de lançamento do valor principal não antecipado, e reconhecimento dos efeitos de sua ausência no ajuste anual, com consequente exigência apenas do valor apurado em definitivo neste momento, sem levar em conta as estimativas, porque não recolhidas. E, para que a falta de antecipação de estimativas não ficasse impune, fixou-se, no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, a penalidade isolada sobre esta ocorrência, distinta da falta de recolhimento do ajuste anual, como já explicitado.

Observe-se, ainda, que a norma antes citada recebeu a seguinte redação pela Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo

negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III- (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

..... "

Em razão dos efeitos desta alteração, a 1ª Turma da CSRF aprovou a Súmula nº 105 com o seguinte enunciado: *A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.* Restou pacificado nesta 1ª Seção de Julgamento que até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, que alterou a redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430/96 e deslocou o fundamento legal da penalidade em comento para o inciso I, letra "b" daquele art. 44, não é possível a exigência concomitante das duas penalidades.

Todavia, as infrações aqui punidas ocorreram a partir de janeiro de 2012 e está evidenciado nos autos que a contribuinte, relativamente ao pagamento mensal esperado naqueles períodos, deixou de efetuá-lo integralmente, descumprindo esta obrigação acessória imposta aos optantes pela apuração anual das base tributáveis. A multa proporcional, por sua vez, foi aplicada em razão da falta de recolhimento dos tributos devidos ao final do período.

Neste contexto, a exigência da multa isolada deve ser mantida, ainda que concomitante com a multa de ofício proporcional, bem como após a concretização do fato gerador anual, na linha da jurisprudência dominante na 1ª Turma da CSRF:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas",

deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101-002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA CONCOMITANTE. CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Repele-se o argumento que pretende escorar-se na tese da consunção para afastar a aplicação simultânea das multas comentadas. Não há como se reduzir o campo de aplicação da multa isolada com lastro no suposto concurso de normas sobre o mesmo fato, seja porque os fatos ora descritos não são os mesmos, seja porque quaisquer dos fatos relacionados no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, não absorvem o fato relacionado no inciso II do mesmo artigo. Não há, pois, dúvida alguma sobre a possibilidade de aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada. (Acórdão nº 9101-003.597 - Sessão de 10 de maio de 2018).

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.

A multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro. Elas configuram penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem. A multa normal de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa

isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário. (Acórdão nº 9101-003.611 - Sessão de 5 de junho de 2018).

Assim, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso voluntário, para manter a exigência das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas em razão das infrações apuradas.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada