MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**10840.723952/2015-51**
ACÓRDÃO	1401-007.566 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	20 de agosto de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	SUPERLOG LOGISTICA S/A
	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2009

IRPJ. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Há de se reconhecer a decadência do crédito tributário lançado, tendo em vista que na data da sua constituição haviam transcorrido, tanto o prazo decadencial obtido pela regra contida no art. 150, § 4º, quanto aquele calculado de acordo com o previsto no art. 173, I, do CTN.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES.

Reconhecida a decadência do crédito tributário lançado, afasta-se a responsabilidade solidária atribuída aos sócios administradores.

IRPJ E CSLL. ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A estruturação de investimentos por meio de sociedades holding e empresas veículo, promovida por Fundos de Investimento em Participações (FIPs), representa legítimo exercício da liberdade empresarial e visa à otimização da gestão, compartimentalização de riscos e aprimoramento da governança corporativa, caracterizando propósito negocial autêntico. A aquisição de participação societária com ágio, resultante de operações entre partes independentes e fundamentada em expectativas de rentabilidade futura, não se descaracteriza pela interposição de entidades instrumentais, desde que comprovada a substância econômica das transações. A posterioridade do laudo de avaliação do ágio, em relação à data da operação, não é fator que, por si só, desqualifique seu fundamento econômico, especialmente quando o laudo faz referência à data efetiva da operação e a legislação aplicável à época não exigia expressamente a anterioridade do documento. A glosa da amortização do ágio, que não resultou na constituição de crédito

DOCUMENTO VALIDADO

tributário, mas tão somente na redução de prejuízo fiscal acumulado, enfraquece a presunção de dolo ou fraude, afastando a acusação de planejamento tributário abusivo.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL Em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado o que for decidido para o Auto de Infração principal, uma vez que todas as exigências tiveram o mesmo suporte fático.

Crédito Tributário Exonerado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Fernando Augusto Carvalho de Souza e Luiz Augusto de Souza Gonçalves que lhe negavam provimento.

Assinado Digitalmente

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin – Relatora

Assinado Digitalmente

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Presidente em exercício.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Fernando Augusto Carvalho de Souza, Daniel Ribeiro Silva, Ricardo Pezzuto Rufino (substituto[a]integral), Andressa Paula Senna Lísias, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Acórdão DRJ que por unanimidade de votos, julgar procedente em parte as impugnações, para reconhecer a decadência do crédito tributário lançado e afastar as respectivas responsabilidades passivas solidárias atribuídas ao Fundo de Investimentos em Participações e Gestão – FIPGG, atualmente Investidores Institucionais II – Fundo de Investimento FIP, e ao seu diretor presidente, Sr. Antônio Kandir,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

mantendo-se a redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL, apurados em 31/12/2009, de R$49.206.236,97 para R$12.872.392,40.

Como bem relatado no acórdão de piso:

> A infração que ensejou os lançamentos de IRPJ e CSLL, refere-se à compensação indevida de prejuízos fiscais, no montante de R$45.015.448,00 tendo em vista a inobservância do limite de compensação de 30% do lucro líquido, ajustado pelas adições e exclusões previstas e autorizadas pela legislação do Imposto de Renda e que reflete na Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, conforme Termo de Conclusão Fiscal que faz parte integrante e indissociável dos Autos de Infração – CSLL.
>
> Como fundamentação legal do Auto de IRPJ foram citados os arts. art. 3º da Lei nº 9.249/95; Arts. 247 e 250, inciso III, 251, 509 e 510 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999 e, para o Auto de CSLL, Art. 2º da Lei nº 7.689 de 1988 com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.034 de 1990; Art. 57 da Lei nº 8.981 de 1995, com as alterações do art.
>
> 1º da Lei nº 9.065 de 1995; Art. 16 da Lei nº 9.065 de 1995; Art. 1º da Lei nº 9.316 de 1996;
>
> Art. 1º da Lei nº 9.316 de 1996; Art. 37 da Lei nº 10.637 de 2002; Art. 3º da Lei nº 7.689 de 1988, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727 de 2008.
>
> Já a infração que culminou na redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL consiste na amortização indevida de ágio, cuja dedução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, no montante de R$36.333.843,87, foi objeto de glosa, pois a autoridade fiscal concluiu que a fiscalizada criou subterfúgios, conforme exposto no Termo de Conclusão Fiscal, para que de fato simulasse a ocorrência do ágio por ela amortizado, quando, em verdade, este nunca existiu.
>
> No enquadramento do Auto de Infração do IRPJ foram citados o art. 3º da Lei nº 9.249 de 1995 e os arts. 247 e 249 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999. O Auto de Infração da CSLL tem capitulação legal nos Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; Art. 2º da Lei nº 9.249/95; Art. 1º da Lei nº 9.316/96;
>
> art. 28 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08.
>
> As operações nas quais a fiscalização constatou as infrações descritas acima ocorreram no bojo de reestruturações societárias iniciadas no ano de 2006, a partir do acordo realizado entre o Supermercado Gimenes Ltda e o Fundo de Investimentos em Participações e Governança e Gestão – "FIPGG", consoante documento intitulado PROPOSTA VINCULADA PELO FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES GOVERNANÇA E GESTÃO DO ACERVO OPERACIONAL AO SUPERMERCADO GIMENES LTDA (fls. 636 a 646), que tinha por objetivo a

DOCUMENTO VALIDADO

aquisição do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, atual Super Holding Gimenes Ltda, de propriedade do Sr. Antônio Gimenes e família, pelo FIPGG. Tais operações e as irregularidades apontadas pela autoridade fiscal estão detalhadas no Termo de Conclusão Fiscal (fls. 10.232 a 10.463), do qual se extrai o seguinte relato:

I – Reestruturação Societária – Dados Iniciais

I.I Informações em Ordem Cronológica A empresa em questão SUPERLOG LOGÍSTICA S/A, adiante denominada FISCALIZADA é uma sociedade anônima de capital fechado, integrante do grupo FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÃO GOVERNANÇA E GESTÃO – FIPGG, que tem como acionista o Sr. Antônio Kandir, CPF 146.229.631-91. Realiza atividade econômica de Holding de Instituição Não Financeira e à época dos fatos tinha como sócio direto e empresa DENEB S/A CNPJ 10.426.065/0001-57, e indireto o FIPGG, haja vista que este possuía 100% das ações da DENEB S/A.

Com vistas a permitir uma compreensão das "reorganizações societárias" procedidas pela FISCALIZADA, que possibilitaram a compensação indevida da totalidade dos prejuízos fiscais acumulados e da base de cálculo negativa da CSLL e a utilização(indevida) das deduções das despesas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e CSLL, a fiscalização narra o que chama de empresas personagens destas reestruturações em ordem cronológica dos fatos, tendo como marco inicial o ano de 2006, quando o grupo iniciou o processo de abertura da Holding GG1 Participações Ltda, atualmente SUPERLOG, objeto da fiscalização.

I.II - EMPRESAS PERSONAGENS – "REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS A HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA é uma holding de instituição não financeira, constituída em 16/02/2006, com contrato social datado de 26/01/2006 e registrado no dia 16/02/2006, constituída com a única finalidade de adquirir o Supermercados Gimenes Ltda, conforme exposto nos tópicos V.I ACORDO REALIZADO ENTRE SUPERMERCADO GIMENES LTDA E FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" itens 71 a 75 e V.II CRIAÇÕES DE EMPRESAS VEÍCULOS itens 76 a 84.

No ato de sua constituição, doc. pág. (58), ou no ato da criação desta empresa veículo, seu quadro societário era:

1) Fundo de Investimento Participação Governança & Gestão FIPGG, CNPJ 06.962.594/0001-XX 99 quotas do Capital Social – R$99,00, sendo o principal acionista Antônio Kandir, diretor presidente e responsável pela sociedade.

2) Governança & Gestão Investimentos LTDA, CNPJ 04.969.434/0001-55, 1 cota do Capital Social – R$1,00, sendo o principal acionista Antônio Kandir, diretor presidente e responsável pela sociedade.

Em 11/05/2006, decidem elevar o Capital Social de R$100,00 para R$48.000.100,00, através do Instrumento Particular de 1ª Alteração do Contrato

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Social, sendo o capital subscrito e integralizado em créditos em dinheiro (Moeda Corrente Nacional), conforme comprovante de transação bancária, doc. pág. (59).

I.III EMPRESA INVESTIDA – SUPERMERCADO GIMENES S/A

A razão pela qual o capital social da Holding GG1 Participações Ltda foi elevado foi para constituir a empresa veículo chamada SUPERMERCADO GIMENES S/A, constituída única e exclusivamente para esse fim, conforme exposto nos tópicos V. I ACORDO REALIZADO ENTRE SUPERMERCADO GIMENES LTDA E FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" itens 71 a 75 e V.II CRIAÇÕES DE EMPRESAS VEÍCULOS itens 76 a 84.

A subscrição de capital da empresa veículo SUPERMERCADO GIMENES S/A, criada pelo grupo FIPGG, liderada pelo Sr. Antônio Kandir, conforme citado acima, foi assim definida:

1) Holding GG1 Participações Ltda, CNPJ 07.861.269/0001-01 – 83,5% do capital social, sendo o principal sócio o Sr. Antônio Kandir (administrador)2) Super Holding Gimenes Ltda, CNPJ 71.323.380/0001-20 – 16,5% do capital social – sendo o principal sócio o Sr. Antônio João Gimenes, CPF 366.968.978-87 – Razão Social anterior Supermercado Gimenes Ltda.

A empresa Supermercados Gimenes Ltda. foi fundada em 1975. Em 31/12/2005, exercia suas funções normalmente, até o dia 28/02/2006, período em que encerrou as atividades de todas as filiais e transferiu quase todo o seu acervo operacional na forma de uma participação de 15% sobre o capital social da empresa SUPERMERCADOS GIMENES S/A, conforme exposto nos tópicos V.I ACORDO REALIZADO ENTRE SUPERMERCADO GIMENES LTDA E FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" itens 71 a 75.

Em 01/10/2007, o Capital Social foi alterado de R$48.000.100,00 para R$60.000.100,00, através do Instrumento Particular de 2ª Alteração do Contrato Social, doc.

pág. (68), sendo o capital subscrito e integralizado em créditos em dinheiro (Moeda Corrente Nacional), através de recursos aportados no Supermercados Gimenes S.A., em 28/03/2007 e em 25/05/2007. Quadro societário:

1) Fundo de Investimento Participação Governança & Gestão FIPGG, CNPJ 06.962.594/0001-XX 48.000.099 cotas do Capital Social - R$60.000.099,00, sendo o principal acionista Antônio Kandir (administrador) CPF 146.229.631-91.

2) Governança & Gestão Investimentos LTDA, CNPJ 04.969.434/0001-55, 1 cota do Capital Social – R$ 1,00.

Em 06/01/2009, houve a alteração do quadro societário da Holding GG1 Participações Ltda, através do Instrumento Particular de 3ª Alteração do Contrato Social, doc.

pág. (70).

DOCUMENTO VALIDADO

1) DEIXOU A SOCIEDADE – Fundo de Investimento Participação Governança & Gestão FIPGG, CNPJ 06.962.594/0001-XX 48.000.099 cotas do Capital Social - R$60.000.099,00, sendo o principal acionista Antônio Kandir (administrador), CPF 146.229.631-91.

2) ENTROU NA SOCIEDADE – Deneb S/A CNPJ 10.426.065/0001-57 respondendo com a totalidade do capital social 60.000.100 quotas do Capital Social – R$ 60.000.100,00, representada pelos seus diretores Sr. Antônio Kandir (administrador), CPF 146.229.631-91 e o Sr. Ricardo Doebeli, CPF 612.727.019-72.

3) DEIXOU A SOCIEDADE Governança & Gestão Investimentos LTDA, CNPJ 04.969.434/0001-55, 1 cota do Capital Social – R$ 1,00, A sócia qualificada cedeu e transferiu sua quota à Deneb S.A.

Consta no Contrato Social que a pluralidade de sócios será reconstituída dentro de 180 (cento e oitenta) dias.

Coincidentemente, constatou-se que houve somente uma manipulação na constituição da sociedade Deneb S/A. Ela foi constituída em 10/10/2008, não possuiu nenhuma movimentação comercial, operacional e/ou financeira, e possui como único acionista a "FIPGG", empresa que saiu do quadro societário e que de fato assinou o contrato inicialmente para a aquisição do acervo operacional da SUPERMERCADO GIMENES S/A, doc. pág.

(636/646).

Constam como diretores da sociedade Deneb S/A o Sr. Antônio Kandir, já mencionado, e o Sr. Ricardo Doebeli CPF 612.727.019-72.

Em 25/06/2009 houve a redistribuição do Capital Social, através do Instrumento Particular de 4ª Alteração do Contrato Social, doc. pág. (79/87).

1) Deneb S.A. CNPJ 10.426.065/0001-57 responde com a totalidade do capital social 60.000.100 quotas do Capital Social – R$ 60.000.100,00, representada pelos seus diretores Sr. Antônio Kandir (administrador), CPF 146.229.631-91 e o Sr. Ricardo Doebeli, CPF 612.727.019-72, cedeu 1 quota para a empresa Sargas S/A.

2) ENTROU NA SOCIEDADE Sargas S/A, CNPJ 05.067.997/0001-01, através da cessão de 1 quota do Capital Social – R$ 1,00 da empresa Deneb S.A.

Em agosto/2009, a Holding GG1 Participações realizou a venda de todos os acervos patrimoniais adquiridos em 2006 por uma quantia de R$60.000.000,00, sendo R$45.000.000,00, doc. pág. (874/908), para o Carrefour Comércio e Industrial Ltda, através da sociedade ELYSEE COMERCIO E INDUSTRIA LTDA e R$15.000.000,00, doc. pág.

(853/873) diretamente para o Supermercados Nações Unidas Ltda, conforme contratos de compra e venda das sociedades respectivas.

Em 16/09/2009, o Capital Social foi alterado de R$60.000.100,00 para R$ 64.277.003,00, através do Instrumento Particular de 5ª Alteração do Contrato

DOCUMENTO VALIDADO

Social, sendo o capital subscrito e integralizado originado da assunção de Dívida celebrado em 18 de agosto de 2009 entre a Deneb S.A. e a Sociedade.

Quadro Societário:

1) Deneb S.A. CNPJ 10.426.065/0001-57 responde com a totalidade do capital social 64.277.002 quotas do Capital Social – R$ 64.277.002,00, representada pelos seus diretores Sr. Antônio Kandir (administrador), CPF 146.229.631-91 e o Sr. Ricardo Doebeli, CPF 612.727.019-72, cedeu 1 quota para a empresa Sargas S/A.

2) Sargas S/A, CNPJ 05.067.997/0001-01, através da cessão de 1 quota do Capital Social – R$ 1,00 da empresa Deneb S.A.

Em 21 de Agosto de 2009, houve a transformação da empresa HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA para a SUPERLOG LOGISTICA S/A mesmo CNPJ 07.861.269/0001-01 conforme Ata de Reunião de Sócios de Transformação de Sociedade Ltda em S/A., doc. pág. 97/108) permanecendo os mesmos sócios e os mesmos diretores Antônio Kandir e Ricardo Doebeli.

Em 31 de Agosto de 2009, houve a Incorporação da empresa Supermercado Gimenes S/A com capital alterado para R$68.594.710,57, conforme Protocolo e Justificação da Incorporação do Supermercado Gimenes S/A, doc. pág. (123/133).

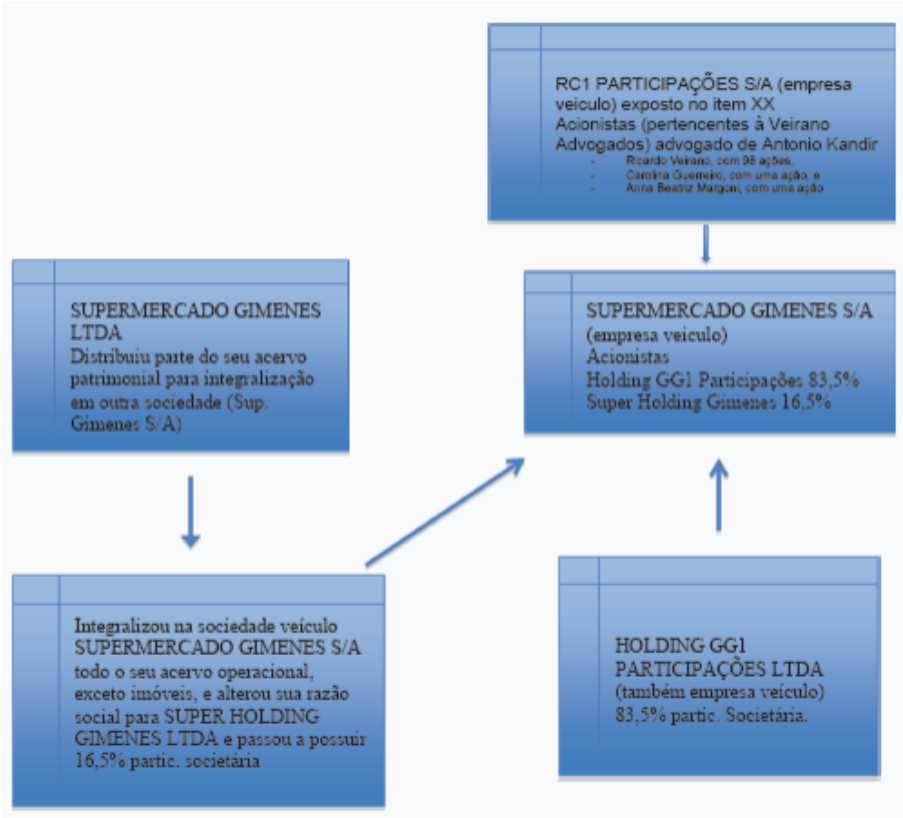
Antes da transformação da Holding GG1 para SUPERLOG LOGÍSTICA S/A e da incorporação da SUPERMERCADO GIMENES S/A, houve a compensação integral do PREJUÍZO ACUMULADO e da base de cálculo negativa da CSLL, fato este, que evidencia a premeditação desta compensação indevida, pois o RIR/99, em especial seu art. 514, não permite absorver prejuízo acumulado de sociedade incorporada. Os fatos inerentes a estes procedimentos serão expostos nos itens 114 a 127.

II. APRESENTAÇÃO NA FORMA DE ORGANOGRAMA DA "REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA

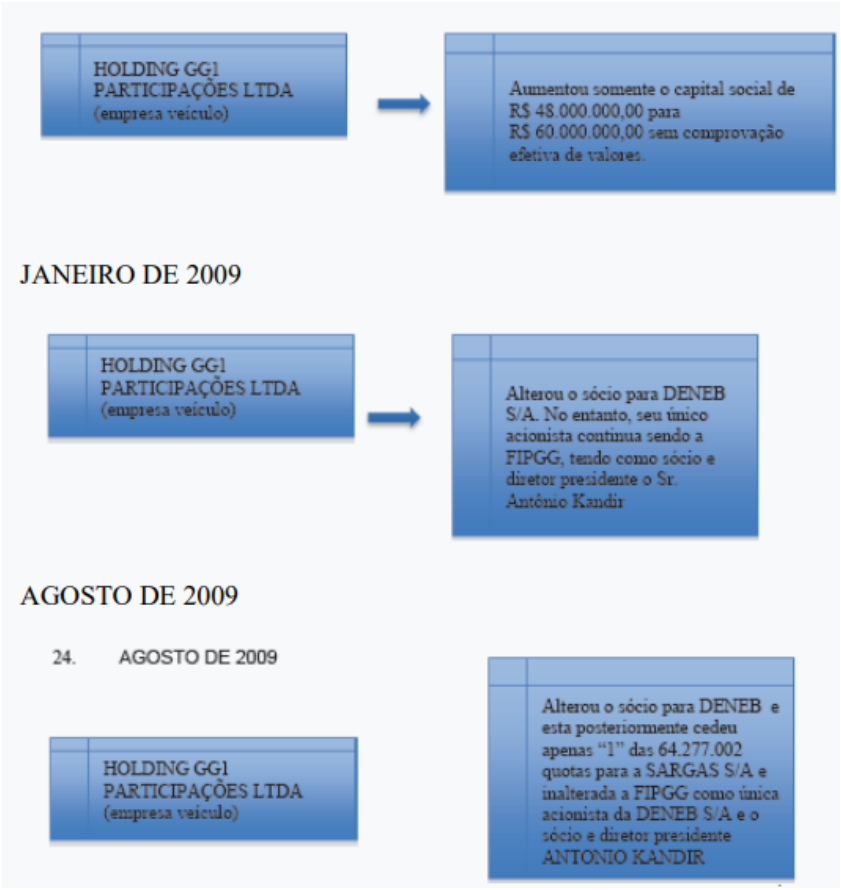
ANO DE 2006

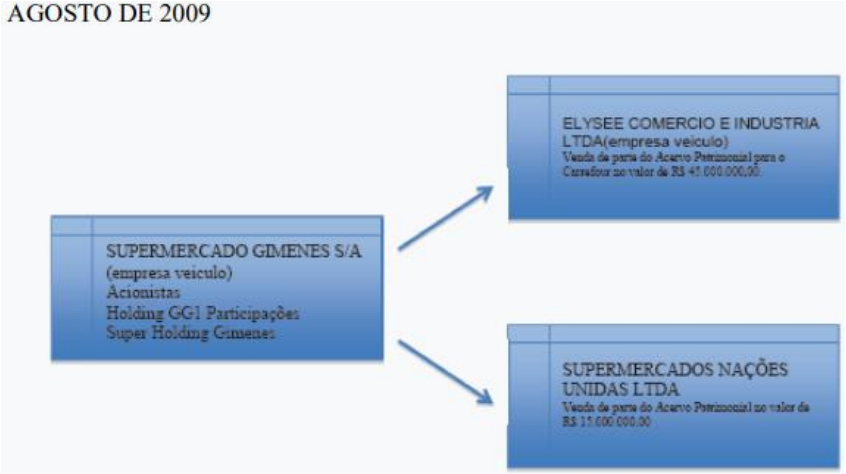
DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO



ANO 2007





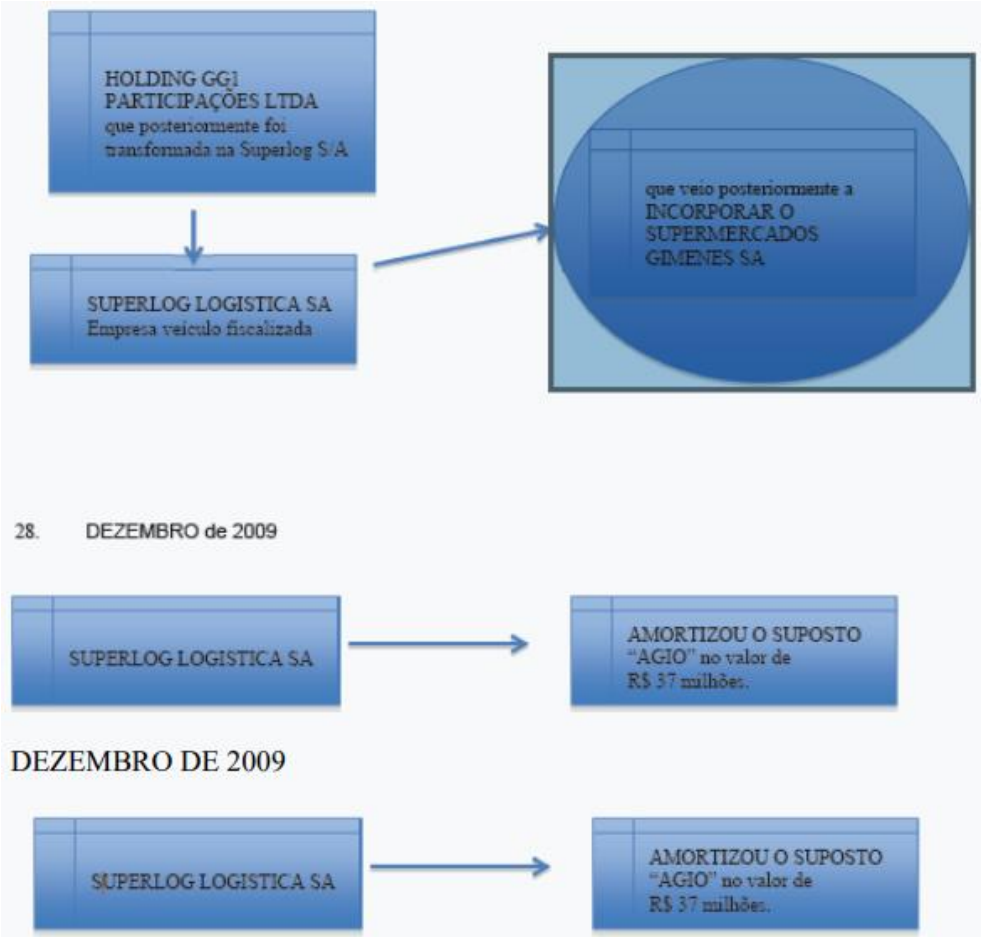
AGOSTO DE 2009

Fato que ocorreu antes da TRANSFORMAÇÃO da Holding GG1 para SUPERLOG LOGISTICA S/A e da INCORPORAÇÃO da SUPERMERCADO GIMENES S/A pela SUPERLOG.



AGOSTO DE 2009 TRANSFORMAÇÃO da Holding GG1 para SUPERLOG LOGÍSTICA S/A e da INCORPORAÇÃO da SUPERMERCADO GIMENES S/A pela SUPERLOG

DOCUMENTO VALIDADO



Após a narrativa das reestruturações societárias exposta em ordem cronológica e na forma de organograma, a fiscalização relata, no tópico denominado III – DOS FATOS E CONSTATAÇÕES, todos os termos de intimação fiscal, respostas da fiscalizada, de empresas diligenciadas e depoimentos, bem como termos de constatação lavrados durante o procedimento fiscal. Na sequência, vem o tópico IV.

IV – FATOS INICIAIS DA NEGOCIAÇÃO ENTRE O SUPERMERCADO GIMENES LTDA E O FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" Para maiores esclarecimentos dos fatos iniciais da negociação entre o SUPERMERCADO GIMENES LTDA E O FIPGG, a fiscalização transcreve o depoimento que tomou do Sr. Antônio João Gimenes, sócio da empresa Supermercados Gimenes Ltda. – item 5 do tópico anterior – no qual foi declarado, entre outras fatos que serão abordados mais adiante, que: Perguntado à declarante quando iniciou o contato com a Holding GG1 Participações Ltda, foi respondido que o contato foi iniciado no 1º semestre de 2005. 2-Perguntado à declarante se ela conhecia os sócios da Holding GG1 Participações Ltda, foi respondido que não conhecia, mas através do Banco Ribeirão, o Sr. Ermes cuja função era diretor comercial indicou um fundo cujo gestor era o Sr. Antônio Kandir e que ele tinha capital para aplicar cuja finalidade principal era alavancar empresas que eram economicamente viáveis, mas que tinha elevada despesa

DOCUMENTO VALIDADO

financeira. 3-Perguntado à declarante quem foi que constituiu a empresa Supermercados Gimenes S/A, foi respondido que foi a Holding GG1 Participações Ltda, através do sócio principal de um dos fundos que na época era sócio da empresa GG1 Participações, o Sr. Antônio Kandir, juntamente com o escritório de advocacia chamado Veirano, possuía uma empresa de prateleira que denominava RC1 PARTICIPAÇÕES S/A constituída em novembro de 2005, e que posteriormente foi alterada sua a razão social para SUPERMERCADOS GIMENES S/A. 4-Perguntado à declarante sobre os sócios de fato do Supermercados Gimenes S/A, foi respondido que os sócios da empresa RC1 PARTICIPAÇÕES S/A pertenciam inicialmente ao escritório de advocacia e que posteriormente com o fechamento do negócio entre o SUPERMERCADOS GIMENES LTDA e a HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA, esta última adquiriu 83,5% da Participação Acionária da Supermercados Gimenes S/A. 5-Perguntado à declarante de que forma foi integralizada a participação da Holding GG1 Participações SA na empresa Supermercados Gimenes S/A, foi respondido que em 03/04/2006 a GG1 depositou R$42.000.000,00 na conta corrente da Supermercados Gimenes S/A. 6-Perguntado à declarante se o Supermercados Gimenes Ltda recebeu os R$42.000.000,00 depositados pela Holding GG1 Ltda em 03/04/2006, foi respondido que não, haja vista que todo o controle da gestão da empresa SUPERMERCADOS GIMENES S/A pertencia ao grupo da HOLDING GG1 Participações Ltda. 7-Perguntado à declarante como foi a integralização do Supermercados Gimenes Ltda na Supermercados Gimenes S/A, foi respondido que a Gimenes Ltda integralizou o negócio com todo o seu acervo patrimonial incluindo os bens, direitos e obrigações, exceto imóveis e incluído também o nome e a marca GIMENES. 8-Perguntado à declarante qual foi o valor que a Holding GG1 se comprometeu a pagar à Supermercados Gimenes Ltda em decorrência de todo o patrimônio transferido, foi respondido que foi acordado que no ato da integralização a Gimenes Ltda receberia R$ 6.000.000,00 em 03/04/2006, R$ 4.000.000,00 em 2007, R$ 3.000.000,00 em 2009 e o saldo remanescente, que era aproximadamente de R$ 7.000.000,00 a R$ 8.000.000,00, dependendo da variação apurada pela auditoria na saída do negócio, cuja prazo máximo seria 7 anos. 9-Perguntado à declarante se ela tinha algum controle ou acesso às informações gerenciais da empresa Supermercados Gimenes S/A, foi respondido que não detinha nenhum controle ou acesso às informações gerenciais. Foi reportado pelo Sr. Antônio Gimenes, que seu braço direito, o Sr. Lafaeti Tomasauskas Bataglia, que na época era Diretor Financeiro, atuou diretamente nos negócios e permaneceu na empresa por apenas mais 3 meses, após a integralização de capital na Supermercados Gimenes S/A. 10-Perguntado à declarante qual foi o valor que ela efetivamente recebeu pela transferência de todo o acervo patrimonial, exceto imóveis, foi respondido que a empresa recebeu R$ 6.000.000,00 em 03/04/2006, aproximadamente R$ 500.000,00 em 2007 e R$ 2.000.000,00 em 2009, valores estes infinitamente inferiores ao acordado. 11-Perguntado à declarante se houve algum contratempo que a impediu de receber o restante do valor que a Holding GG1 Participações Ltda se comprometeu a

DOCUMENTO VALIDADO

pagar, foi respondido que eles propuseram um ajuste no qual o Supermercados Gimenes Ltda deveria pagar aproximadamente R$ 13.000.000,00, decorrente de diferenças apuradas na variação patrimonial negativa ocorrida entre 28/02/2006 a 30/03/2006, conforme apurado pela administração da Gimenes S/A. A declarante informa ainda que este valor ficou reduzido para R$ 6.900.000,00, a serem abatidos das parcelas a receber que era de aproximadamente R$ 15.000.000,00, conforme respondido no item 8. 12-Perguntado à declarante como foi o processo de rescisão, quanto à saída do quadro de acionista, pois a declarante detinha 15% das ações, foi respondido que quando a Holding GG1 Participações Ltda incorporou a Supermercados Gimenes S/A pagou à Supermercados Gimenes Ltda, cuja denominação passou para Super Holding Gimenes Ltda., a quantia de R$ 1,00, pois o patrimônio estava negativo em decorrência do critério patrimonial.

Diante do exposto acima, ficou claro para a fiscalização que havia indícios de fraude neste procedimento, quanto à apropriação de ágio para aquisição dos acervos patrimoniais do Supermercado Gimenes Ltda, quanto à abertura de empresa veículo para a recepção dos acervos patrimoniais e a sua posterior venda a terceiros.

E após a venda destes acervos, a baixa dos ativos e dos passivos, com um deságio de mais da metade do passivo, fez com que o SUPERMERCADO GIMENES S/A apurasse em agosto/2009 um lucro de 67 milhões de reais e, ainda não satisfeita, compensou integralmente o referido lucro com prejuízos acumulados. Foi constatado durante todo o período fiscalizatório que a fiscalizada utilizava de artifícios para mostrar que praticou a elisão fiscal, ou seja um aparente planejamento tributário, no entanto, através de documentos comprobatórios e a montagem de todo o quebra cabeça ficou comprovado que a fiscalizada utilizou da evasão fiscal e usou de meios ilícitos para evitar o pagamento de tributos.

Entre os métodos usados para evadir tributos foi constatada a omissão de informações, as falsas declarações e a produção de documentos que contenham informações falsas ou distorcidas. Mas para comprovar o efetivo crime tributário, a fiscalização necessitava produzir provas materiais e encaixar todo este quebra cabeça, haja vista que toda a reestruturação societária constatada não era elemento suficiente para comprovação do crime. A seguir, trata minuciosamente como teria ocorrido todo o planejamento tributário abusivo com o único e exclusivo intuito de obter vantagens ilícitas que contribuíram para o não pagamento dos tributos, em especial a COMPENSAÇÃO INTEGRAL DO PREJUÍZO ACUMULADO E A APROPRIAÇÃO DO ÁGIO. V - DA CARACTERIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA O planejamento tributário promovido pela fiscalizada é composto de operações estruturadas numa sequência de etapas, em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária encadeado com o subsequente, com vista a obter determinado efeito fiscal mais vantajoso, cada etapa só tendo sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe

DOCUMENTO VALIDADO

sucede. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas; na medida em que o conjunto dessas etapas corresponde apenas a uma pluralidade de meios para atingir um único fim. Nas operações em sequência, é preciso indagar também qual a situação existente antes da deflagração da sequência de etapas e qual a situação final resultante da última das etapas. Desse modo, só assim será assegurado um exame abrangente de uma operação complexa, subdividida em múltiplas etapas que são meros segmentos de uma operação maior, de modo a verificar, na realidade, qual a operação que se está pretendendo opor ao Fisco (a complexa ou cada parte da operação). Nos tópicos a seguir, expõe todo o trabalho realizado. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA I. Acordo Realizado entre Supermercado Gimenes Ltda e Fundo de Investimentos em Participações e Governança e Gestão – "FIPGG"; II. Criações de Empresas Veículos III. Informações do Supermercado Gimenes S/A – "Empresa Veículo" - sob o ponto de vista da Própria Fiscalizada IV. Forjações quanto aos números apresentados na transferência do Acervo Operacional V. Uso de empresa veículo para recebimento do "suposto" ágio;

VI. Operações entre o mesmo Grupo Econômico e o Controle da Empresa Veículo; VII. Vendas dos Acervos Operacionais; VIII. Compensação integral dos Prejuízos Acumulados; IX. Empresa veículo incorporando Empresa Veículo; X. Amortização do "suposto" Ágio; V.I ACORDO REALIZADO ENTRE SUPERMERCADO GIMENES LTDA E FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" Conforme relato do Sr. Antônio João Gimenes, o negócio foi fechado com o Sr. Antônio Kandir, em São Paulo, conforme Termo de Depoimento nº 18 e Proposta Vinculada de aquisição pelo Fundo de Investimentos em Participações em Governança e Gestão "FIPGG" do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda devidamente assinado pelas partes (ANTONIO JOÃO GIMENES E ANTONIO KANDIR), no dia 12/01/2006, doc. pág. (636/646). A proposta somente foi entregue pela parte diligenciada SUPER HOLDING GIMENES LTDA. A empresa FISCALIZADA entregou somente o contrato de SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DO SUPERMERCADOS GIMENES S/A, doc.pág. (578/619). Outros documentos foram entregues pela SUPER HOLDING GIMENES LTDA, conforme doc. pág. (647/723), item 56, documentos estes que comprovam todo o CONLUIO para que forjasse a ocorrência do ÁGIO, entre os quais a Proposta Vinculada de aquisição pelo Fundo de Investimentos em Participação "FIPGG" do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, doc. pág.(636/646), assinada pelas partes Antônio João Gimenes, representando o SUPERMERCADOS GIMENES LTDA, e pelo Sr. Antônio Kandir, representando o "FIPGG", doc. pág. (646). Dessa proposta vinculada, a autoridade fiscal extrai algumas informações que considera preponderantes para o procedimento fiscal, conforme segue: – que esta proposta substitui e revoga as anteriores; QUANTO À AQUISIÇÃO – que está disposto a adquirir a totalidade do capital social de uma nova sociedade "NEWCO" – que veio a se chamar SUPERMERCADOS GIMENES S/A; – que deverá ser detentora do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda; – que a FIPGG pagará o preço

DOCUMENTO VALIDADO

de R$100 milhões de reais e descontará a dívida líquida do Gimenes, obtida mediante a aplicação da seguinte fórmula: (+) caixa, bancos e aplicações financeiras (+) contas a receber (+) estoques (-) fornecedores (-) empréstimos e financiamentos (exceto o valor devido a Cetelem – R$5milhões) (-) obrigações tributárias (-) obrigações sociais (-) PAES (valor presente líquido) (-)Dívida com sócios (=) Dívida Líquida da Empresa – que o ajuste acima será apurado com data base de 28 de fevereiro de 2006; – que o montante acima será pago em duas partes, sendo a primeira em ações, e a segunda em moeda corrente nacional; a parte em ações será de 16,5% do capital social da NEWCO – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A", DE ACORDO COM O SEU VALOR APÓS O APORTE FINANCEIRO DE R$42.000.000,00 A SER REALIZADO NA NEWCO – "SUPERMERCADO GIMENES S/A pelo FIPGG; – que a parte em moeda nacional será paga em 4 parcelas: sendo R$6 milhões na data da conclusão do negócio, R$4 milhões após 1 ano, contado do pagamento da primeira parcela, 3 milhões em 31 de janeiro de 2009 e o saldo residual, por ocasião da venda pelo FIPGG de sua participação societária na NEWCO – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A" a terceiros; QUANTO À ESTRUTURA SOCIETÁRIA DO INVESTIMENTO – que o investimento objeto do presente documento será ESTRUTURADO SOCIETARIAMENTE DA FORMA MAIS ADEQUADA PARA AMBAS AS PARTES, INCLUSIVE DO PONTO DE VISTA TRIBUTÁRIO, RESPEITANDO-SE OS PRINCÍPIOS GERAIS ORA ESTABELECIDOS; – que desde já fica estabelecido que, INDEPENDENTEMENTE DA ESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA ACIMA MENCIONADA, SERÁ FACULTADO AO FIPGG, DE ACORDO COM O SEU ÚNICO E EXCLUSIVO CRITÉRIO, REALIZAR O INVESTIMENTO OBJETO DA PRESENTE PROPOSTA POR INTERMÉDIO DE UMA SOCIEDADE VEÍCULO ESPECIALMENTE CONSTITUÍDA OU ADQUIRIDA PARA ESSE FIM; QUANTO A CONDIÇÕES DO INVESTIMENTO GOVERNANÇA CORPORATIVA – que a NewCo – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A", ou sua controladora, dependendo da estruturação societária determinada na formalização da aquisição, neste caso foi criada outra empresa veículo HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA que se transformou na SUPERLOG LOGISTICA S/A empresa FISCALIZADA, deverá constituir um conselho de administração, composto por 4 membros, sendo 3 deles indicados pelo FIPGG; PERÍODO DE TRANSIÇÃO – que a NewCo – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A" dará apoio gerencial para o Sr. Antônio João Gimenes durante o período de cinco meses; ASSINATURA DA PROPOSTA VINCULADA – que o Sr. Antônio Kandir assinou a proposta na condição de sócio proprietário da "FIPGG", na época principal acionista da Holding GG1 Participações Ltda (empresa fiscalizada) e que possuía 83,5% das participações do capital social da Supermercado Gimenes S/A. Nesta proposta vinculada entre a FIPGG e o SUPERMERCADOS GIMENES LTDA, cujos representantes responsáveis eram o Sr. Antônio Kandir e o Sr. Antônio João Gimenes, podemos constatar: – que a denominação NEWCO, abreviação de NOVA COMPANHIA, é a EMPRESA SUPERMERCADOS GIMENES S/A, conforme comprovado pelo processo trabalhista item XX, explicitado pela VEIRANO ADVOGADOS, que prestava serviços para a FIPGG, em especial o Sr. Antônio Kandir; – que seriam utilizados artifícios visando

DOCUMENTO VALIDADO

uma FORMA MAIS ADEQUADA PARA AMBAS AS PARTES, como a criação de empresa veículo e de um ágio no valor de R$42 milhões, que na realidade nunca existiu. O que foi efetuado foi apenas um APORTE FINANCEIRO numa empresa criada única e exclusivamente para essa finalidade, CUJO CONTROLE TOTAL ERA DO GRUPO HOLDING GG1, em especial o Sr. Antônio Kandir; – que de fato o único responsável de fato pela FISCALIZADA, HOLDING GG1, é o Sr. Antônio Kandir. V.II CRIAÇÕES DE EMPRESAS VEÍCULOS Em novembro de 2005, 3 meses antes de ter sido alterada a razão social para Supermercados Gimenes S/A, foi constituída a sociedade RC1 PARTICIPAÇÕES S/A – "RC1", a pedido do cliente da Veirano Advogados – o Fundo de Investimento em Participações Governança e Gestão (FIPGG) – que tem como sócio administrador o Sr. Antônio Kandir, administrado pela Governança & Gestão Investimentos Ltda (G&G), sociedade gestora de fundos de Investimento em participações em empresas, e que tem como acionista majoritário também o Sr. Antônio Kandir. Conforme cópia do Processo Trabalhista nº.0150800-33.2008.5.15.0029, da 1ª Vara do Trabalho de Jaboticabal – SP (15ª vara), os sócios da Veirano Advogados – em petição em que figuram na condição de requerentes no mencionado processo trabalhista – relatam que a sociedade RC1 Participações foi feita única e exclusivamente com o objetivo de atender à solicitação do cliente (FIPGG) – Sr. Antônio Kandir – para se utilizar de uma Sociedade Anônima – S.A. como veículo para aquisição dos negócios do Supermercado Gimenes, doc. pág. (698/723). Informam também que esse serviço jurídico de constituição da S.A. foi contratado pelo cliente (FIPGG), em função da burocracia existente em nosso país (requisitos do art. 80 da Lei 6.404, "Lei das S/A"), que exige a realização, como entrada, de dez por cento, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro, e o depósito, no Banco do Brasil, ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela CVM, da parte do capital realizado em dinheiro. Assim, de forma a propiciar a rápida constituição de tal sociedade anônima, os advogados constituíram a RC1 em nome próprio, ou seja, tendo como acionistas os advogados Ricardo Veirano, com 98 ações, Carolina Guerreiro, com uma ação, e Anna Beatriz Margoni, com uma ação. Somente em 31/03/2006, conforme Ata da Assembleia, foi alterada a razão social e o ramo de atividade que passou a ser Supermercados Gimenes S/A. Neste mesmo período, fevereiro/2006, também foi criada outra EMPRESA VEÍCULO, A HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA, doc. pág. (1172/1175), empresa que se transformou na SUPERLOG LOGISTICA S/A, pois a origem do valor aportado veio da empresa FUNDO DE INVESTIMENTO PARTICIPAÇÃO E GESTÃO – FIPGG, que era de fato administrada pelo Sr. Antônio Kandir. O Sr. Antônio João Gimenes desconhecia tal empresa. A empresa que sempre contatou foi a FIPGG através do Sr. Antônio Kandir. O valor aportado na empresa veículo SUPERMERCADO GIMENES S/A, de 42 milhões, originou-se da FIPGG, doc. pág. (119), que depositou na recém-criada HOLDING GG1, doc. pág. (119). V.III INFORMAÇÕES DO SUPERMERCADO GIMENES S/A – "EMPRESA VEÍCULO" – SOB O PONTO DE VISTA DA PRÓPRIA FISCALIZADA Seguem informações do Parecer dos Auditores Independentes Deloitte Touche Tohmatsu referentes ao SUPERMERCADO

DOCUMENTO VALIDADO

GIMENES S/A no exercício encerrado em 31 de dezembro de 2006: – que o Supermercado Gimenes SA é uma sociedade anônima de capital fechado, com sede e foro na cidade de Sertãozinho, Estado de São Paulo. Apresenta como objeto social o comércio varejista de mercadorias em geral: a importação de produtos alimentícios; a prestação de serviços em geral, em especial a intermediação e/ou agenciamento de negócios; a administração de marcas; o gerenciamento de linhas alternativas de crédito; e a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, como quotista ou acionista; – que em 31 de dezembro de 2006, a Sociedade é constituída por uma rede de 27 lojas, um centro de panificação e um centro distribuidor de mercadorias em geral, frutas e hortaliças, atuando em 16 diferentes localidades do estado de São Paulo: Sertãozinho, Itápolis, Ibitinga, Barrinha, Monte Alto, Taquaritinga, Matão, Catanduva e Pitangueiras;

– que a Sociedade foi constituída em 9 de novembro de 2005, mediante a integralização de capital no montante de R$100,00, equivalente à subscrição de 100 ações ordinárias classe A, ao preço de subscrição de R$1 por ação, sob a denominação social RC1 Participações SA e com objeto social de participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, como quotista ou acionista; – que em 3 de março de 2006, foi deliberada através de Assembleia Geral Extraordinária – AGE a alteração do objeto social e da razão social da Sociedade de RC1 Participações S.A. para Supermercado Gimenes S.A. – que a atual estrutura de março de 2006 foi constituída em decorrência de um processo de reestruturação societária ocorrida em 30 de março de 2006, através de aumento do capital social, no montante de R$1.081.000,00, cujas ações foram subscritas e integralizadas pelo acionista Super Holding Gimenes Ltda, mediante a conferência de parte de seu acervo líquido, representado por ativos e passivos indicados em laudo de avaliação, a valores contábeis na data base de 28 de fevereiro de 2006; – que a variação patrimonial negativa ocorrida entre a data base de laudo de avaliação, 28 de fevereiro de 2006, e a do aumento de capital, 30 de março de 2006, no montante de R$12.935.000,00, foi assumida pelos acionistas, sendo R$6.900.000,00 para o Supermercado Gimenes Ltda e R$6.035.000,00 para a Holding GG1 Participações Ltda; – que em 1º de abril de 2006, o Supermercado Gimenes S/A sucedeu, efetivamente, as operações do Supermercados Gimenes Ltda em todos os bens, direitos e obrigações relacionados ao patrimônio transferido, composto notadamente por estabelecimentos operacionais situados nas localidades relacionadas na nota 1, para todos os fins e efeitos legais; – que as demonstrações financeiras do exercício findo em 31 de dezembro de 2006 contemplam os resultados das operações compreendidas entre 1º de abril de 2006 e 31 de dezembro de 2006, haja vista que a Sociedade não possuía atividade operacional entre 1º de janeiro de 2006 e 31 de março de 2006; – que na composição do acervo líquido de 28 de fevereiro de 2006, em que estão inclusos cheques recebidos de clientes do acionista Super Holding Gimenes (Supermercado Gimenes Ltda), foi pactuado que determinados cheques não recebidos serão reembolsados pelo mencionado acionista; – que o capital social

DOCUMENTO VALIDADO

subscrito e integralizado em 31 de dezembro de 2006 é dividido em 801.304 ações, sendo 801.204 ações ordinárias e 100 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal, como segue:

	Ordinárias	Preferenciais	Total
Holding GG1 Participações Ltda	669.086	-	669.086
SuperHolding Gimenes Ltda	132.114	100	132.214
Pessoas Físicas	4		4
Total	801.204	100	801.304

– que em 31 de março de 2006, através de assembleia geral extraordinária, os acionistas da Sociedade deliberaram ainda a respeito: – da aprovação de aumento de capital social no montante de R$42 milhões, mediante a criação e emissão de 463.286 ações ordinárias classe B da sociedade, sendo que o montante de R$41.537.000,00 correspondeu a ágio, contabilizado no patrimônio líquido da Sociedade a título de reserva de ágio na subscrição de ações, e o montante de R$463 correspondente ao preço de subscrição das ações emitidas, contabilizado diretamente na conta de Capital Social; e – do resgate de todas as ações ordinárias de classe A da sociedade, totalizando 743.660 ações, mediante o pagamento aos titulares de tais ações da quantia total equivalente a R$20.727.000,00, pagamento esse que se deu mediante a assunção de dívidas no mesmo valor, previamente assumidas pelos titulares de tais ações. As dívidas assumidas estão sendo liquidadas pela Sociedade em suas respectivas datas de vencimento. A autoridade fiscal constata que, sob a ótica da fiscalizada, por meio do Parecer dos Auditores Independentes, findo o exercício 31 de dezembro de 2006 da SUPERMERCADO GIMENES S/A, está se limitou a informar apenas informações ocorridas após 31 de março de 2006, data em que ocorreu o início das atividades da SUPERMERCADO GIMENES S/A. Mas afirma que, se olharmos na ótica de como ocorreu, conforme exposto no tópico V.I ACORDO REALIZADO ENTRE SUPERMERCADO GIMENES LTDA E FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GOVERNANÇA E GESTÃO – "FIPGG" e do tópico V.II CRIAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULOS HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA e do SUPERMERCADO GIMENES S/A, constaremos que o resultado está mascarado – os números não apresentam fidelidade. V.IV FORJAÇÕES QUANTO AOS NÚMEROS APRESENTADOS NA TRANSFERÊNCIA DO ACERVO OPERACIONAL Juntamente com o Parecer dos Auditores Independentes, a Fiscalizada apresentou laudo de Avaliação Econômica da SETAPE ASSESSORIA ECONÔMICA, Anexo 2 – Reestruturação de Ativos e Passivos, que detalha o valor aportado de Capital, de R$42.000.000,00, doc. pág. (566). Segundo o ajuste do balanço patrimonial em 31/03/2006, o valor aportado de R$42 milhões foi distribuído para caixa equivalentes 8 milhões, aplicações financeiras 15milhões, créditos com partes relacionadas 1 milhão, pagamento de empréstimos aproximadamente 8 milhões e perda patrimonial aproximadamente 10 milhões. Tanto o Parecer dos Auditores Independentes, doc. pág. (527/542),

DOCUMENTO VALIDADO

em especial o item 13, que trata do aporte de 42 milhões, doc. pág. (540), como o laudo de avaliação econômica da EMPRESA SETAPE ASSESSORIA ECONÔMICA, doc. pág. (566), apresentam em suas demonstrações que o valor de R$20.727.000,00 trata-se de Ágio no Resgate de Ações decorrentes de dívidas da Supermercados Gimenes LTDA. que a FIFGG, representada pela empresa SUPERMERCADO GIMENES S/A, se propôs a assumir, conforme registrado em Ata, doc. pág. (728/729), balanço patrimonial, doc. pág. (566), Parecer dos Auditores Independentes doc. pág. (540), Laudo de Avaliação Econômica doc. pág. (543/577). No entanto, como a fiscalização não havia recebido o balancete de 31/03/2006 do Supermercado Gimenes S/A juntamente com o balanço patrimonial da mesma data, conforme Termos de Intimação e Reanimação, começou-se a montar o balanço através do Razão apresentado, doc. pág. (10.163/10.191). Ao término da montagem do balanço patrimonial, foram apuradas divergências no acervo patrimonial transferido do Supermercados Gimenes Ltda para o Supermercados Gimenes S/A. A principal diferença é o valor de R$20.715.520,93 a menor no Patrimônio Líquido do Supermercado Gimenes Ltda, comparando o balanço de 28/02/2006, doc. pág. (10.193/10194), com o balanço encontrado na DIPJ AC 2005, doc. pág. (10.195). Intimada e reintimada a fiscalizada a se manifestar sobre o porquê desta diferença, conforme doc. pág. (628/629). COINCIDENTEMENTE constatou-se que este valor era similar à conta contábil ÁGIO NO RESGATE DE AÇÕES apresentada no Balanço Patrimonial de 31/03/2006, que tanto o Parecer dos Auditores Independentes como a empresa que emitiram o laudo de avaliação econômica forneceu, no valor de R$20.727.000,00. E a resposta da fiscalizada sempre foi de que não detinha em sua posse nenhum documento contábil anterior a 31/03/2006 do Supermercado Gimenes Ltda, doc. pág. (726/727). A fiscalização analisou detalhadamente o Razão e verificou a apropriação de algumas contas que inexistiam até 31/12/2005. As contas são apropriação de juros no valor de R$15.821.257,27, doc. pág. (10183), a apropriação de provisão para devedores duvidosos no valor de R$4.473.053,00, doc. pág. (10170), o valor a integralizar de R$463.286,00, que juntos totalizam o valor influenciando negativamente o patrimônio líquido em R$20.757.596,27. Um outro ponto constatado foi a transferência do acervo operacional a débito no valor de R$20.727.000,00, doc. pág. (10180), que era para ter diminuído o acervo operacional do PASSIVO CIRCULANTE E NÃO CIRCULANTE transferido da SUPERMERCADO GIMENES em 20 milhões, ou seja, permaneceu o mesmo, na casa dos 60 milhões, doc. pág. (10192 e 10180/10185), pois o Passivo Circulante e Não Circulante em 28/02/2006 e em 31/03/2006 são semelhantes, conforme balanço patrimonial do SUPERMERCADO GIMENES LTDA em 28/02/2006 e SUPERMERCADO GIMENES S/A em 31/03/2006, doc. pág. (10.193/10.194). O somatório de todas as contas de empréstimos, doc. pág. (10.192), está na casa dos 60 milhões, cujos valores foram extraídos da conta razão (10.180/10.185). A planilha apresentada pelo Sr. Antônio Gimenes também informa o valor de aproximadamente 60milhões de empréstimos, conforme doc. pág. (682), e uma outra planilha, também entregue pelo Sr. Antônio Gimenes,

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

denominada Demonstrativos Valores Negociação GG, doc. pág. (652 e 676) também comprova que o FIPGG apurou ainda, no período de janeiro a março/2006, diferenças na ordem de 20 milhões, as quais iriam reduzir o patrimônio líquido. O que fez com que não houvesse diferença foi a contabilização, nesta mesma conta, a crédito, zerando os vinte milhões, e a débito, como ÁGIO NO RESGATE DE ACÕES, doc. pág. (10.180). O referido lançamento só serviu para RATIFICAR o Parecer dos Auditores Independentes e as informações constantes conforme Ata de Assembleia em 31/03/2006, informando que o referido pagamento de 20 milhões se deu mediante a assunção de dívidas assumidas pelos titulares de tais ações e que as dívidas assumidas estão sendo liquidadas pela sociedade em suas respectivas datas de vencimento. Importante ressaltar que logo após a transferência do acervo patrimonial a Supermercado Gimenes S/A realizou ajuste baixando em R$12.754.128,50, doc. pág. (10.183), a apropriação de juros incorridos. A fiscalizada foi intimada a apresentar documentação, através do termo doc. pág. (628/629), referente à diferença de R$20.727.000,00 e sobre a baixa da apropriação de ajuste, mas não apresentou nenhum documento que comprovasse o pagamento destes R$12.754.128,50. A fiscalização realizou intimações de diligências realizadas na empresa SuperHolding Gimenes Ltda, antigo Supermercado Gimenes Ltda, sobre a diferença apontada de R$20.727.000,00 no seu patrimônio líquido e a solicitação dos documentos contábeis de janeiro a março de 2006. A SuperHolding Gimenes Ltda – representada pelo sócio diretor Antônio João Gimenes, à época dos fatos da negociação entre o Supermercado Gimenes e a FIPGG, representada pelo Antônio Kandir – apresentou inicialmente um depoimento conforme exposto no item 46 – Fatos Iniciais da negociação entre o Supermercado Gimenes Ltda e a FIPGG, que deu origem a todos os fatos apurados. A fiscalização procurou levantar mais informações nos documentos contábeis, e intimou novamente a SuperHolding Gimenes Ltda a comprovar mediante documentação o depoimento relatado. A SuperHolding Gimenes Ltda, representada pelo Sr. Antônio João Gimenes, apresentou os documentos abaixo: 1. Esboço de folha do valor originalmente negociado; doc. pág. (632) 2. Proposta Vinculada de aquisição pelo Fundo de Investimentos em Participações Governança e Gestão do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda devidamente assinada pelas partes no dia 12/01/2006; doc. pág. (634/646) 3. Planilhas, balancetes, demonstrativos de ajustes que “me foram apresentados, que comprovam a diferença apresentada no balanço patrimonial de minha empresa no período de 31/12/2005 a 28/02/2006”; doc. pág. (647/695) 4. Cartas de Notificações de Ajustes de Valores endereçadas ao Supermercado Gimenes Ltda – Antônio João Gimenes, notificando-me a efetuar os referidos pagamentos; doc. pág. (684/688) 5. Carta endereçada ao Sr. Antônio Kandir, da Holding GG1 Participações Ltda, informando a conta corrente para ser realizado o depósito, já deduzidos os valores referentes às indenizações apuradas pela Holding GG1 Participações Ltda. doc. pág. (690) 6. Escritura Pública de Declaração, na qual o Sr. Jose Roberto de Castro Massensini declara as movimentações realizadas pela diretoria do Supermercado Gimenes S/A em nome

do Supermercado Gimenes Ltda, alertando aos diretores, inclusive, do risco de natureza fisco-tributária de tais operações para ambas as empresas doc. pág. (694) 7. Cópia do processo de ação trabalhista nº 0150800-33.2008.5.15.0029 que comprova a ligação da Veirano Advogados com os sócios iniciais da RC1 Participações e com o seu cliente Fundo de Investimento em Participações Governança e Gestão FIPGG, que é o mesmo que assinou a proposta no item 2, doc. pág. (696/723) Os documentos acima apresentados comprovaram materialmente o crime tributário, além de todos os itens expostos acima nos itens 60 a 163, pois todos os fatos puderam ser evidenciados. As sequências dos fatos ficaram evidenciadas com o único intuito de criar mecanismo para dificultar ao máximo o fisco a levantar as referidas informações. Quanto aos documentos, a proposta vinculada de aquisição pelo FIPGG do acervo operacional evidencia a criação de uma empresa veículo para que fosse aportado o suposto ágio, e que quem de fato estava por de trás de todos os fatos era o Sr. Antônio Kandir. Outro ponto constatado e comprovado, conforme já exposto foram as planilhas apresentadas pelo Sr. Antônio João Gimenes, doc. pág. (652 e 676), que mostram com detalhes as operações ocorridas de 01/01/2006 a 31/03/2006 e que comprovam uma redução de 20 milhões apurada pela FIPGG, em especial pelo Sr. Antônio Kandir, fazendo com que o Supermercado Gimenes Ltda recebesse uma quantia a menor. As planilhas apresentadas, doc. pág. (647/695), evidenciam o balanço verdadeiro do Supermercado Gimenes Ltda apresentado em 31/12/2005 e que deliberadamente o Supermercado Gimenes S/A, representado pelo Sr. Antônio Kandir, alterou os números com uma única finalidade de apresentar um patrimônio líquido negativo. Se a sociedade possui uma participação avaliada pelo Método de Equivalência Patrimonial de 15%, cujo patrimônio líquido é negativo, sua participação será de zero, o que comprova que o SUPERMERCADO GIMENES S/A não foi o auto da apuração dos seus resultados no AC 2006. Nenhuma empresa produzirá provas para prejudicar a si mesma. V.V USO DE EMPRESAS VEÍCULOS PARA RECEBIMENTO DO "SUPOSTO ÁGIO" A proposta vinculada de aquisição pelo FIPGG do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, doc. pág. (636/646), necessitava de uma empresa veículo para que a operação pudesse ser efetivada. Mas, diante do apresentado naquele momento da negociação, só existia a FIPGG e a SUPERMERCADO GIMENES LTDA. No tópico V.II da Criação de Empresas Veículos, também ficou comprovada a constituição da sociedade RC1 PARTICIPAÇÕES S/A – "RC1", pelos advogados da Veirano Advogados, única e exclusivamente com o objetivo de atender à solicitação do cliente (FIPGG) – Sr. Antônio Kandir – em utilizar-se de uma Sociedade Anônima – S.A. como veículo para aquisição dos negócios do Supermercado Gimenes, doc. pág. (698/723). A criação das empresas veículos HOLDING GG1 e Supermercado Gimenes S/A, a utilização destas empresas para receber o acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, a sua posterior venda, a sua baixa de bens, direitos e obrigações, a compensação integral dos prejuízos acumulados, a incorporação da empresa veículo e a posterior dedutibilidade integral do ágio, que de fato nunca existiu, apenas fazem parte do enredo montado pela fiscalizada para, no final, a

DOCUMENTO VALIDADO

fotografia claramente destacar o benefício fiscal planejado e alcançado. Uma questão importante envolve o uso de sociedades. Neste sentido, o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser investigado. O próprio Código Civil dá a definição de empresa, no "caput" do artigo 966, ao dispor que: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. A única função da HOLDING GG1 e do SUPEMERCADOS GIMENES SA no conjunto de operações realizadas foi servirem de veículo para a transferência do ágio supostamente pago, mas que de fato nunca existiu. Para a caracterização do ágio seria necessário que houvesse dispêndio junto a terceiros, de modo que a operação surgiria da vontade de partes independentes, o que não ocorreu neste procedimento. Não se poderia falar em preço ou custo de aquisição de participação societária e, por conseguinte, de ágio, se as partes envolvidas na sua geração não guardam independência entre si. Ambas as empresas veículos envolvidas na reorganização societária foram criadas sem propósito negocial, apenas para simular e confundir o fisco e fornecedores. Possuíam sócios e administradores em comum, cujo único objetivo da operação teria sido a obtenção de economia fiscal. O desembolso financeiro realizado mediante transferência bancária, doc. pág. (119/122), não pode ser considerado ágio, uma vez que o pagamento teria sido realizado pela própria fiscalizada, por conta e ordem do seu sócio FIPGG, na figura do seu sócio principal, o Sr. Antônio Kandir.

V.VI OPERAÇÕES ENTRE O MESMO GRUPO ECONÔMICO E O CONTROLE DA EMPRESA VEÍCULO As operações entre partes relacionadas correspondem à possibilidade de a causa de a operação vir a ser a de apenas se obter algum efeito tributário intragrupo e não uma razão econômica efetiva de mercado. Quando se está entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo societário não se pode ignorar que esta simples circunstância faz com que existam interesses comuns no relacionamento entre seus membros. Neste sentido, é que merece atenção a ocorrência de alterações formais de titularidade patrimonial ou de atribuição de direitos e deveres, mas que, em última análise, por ser o mesmo grupo, não causam alterações substanciais. Isto é, operações mediante as quais jurídica e patrimonialmente o grupo permanece inalterado. Isto é tal como no caso presente. A única consequência relevante é que o Fisco deixa de receber determinado tributo. É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar formalmente uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei n° 9.532/97. Os organogramas societários extraídos das

DOCUMENTO VALIDADO

Demonstrações Financeiras apresentadas pela FISCALIZADA demonstram claramente que a sequência de operações desencadeadas pelo diretor de todas as SOCIEDADES envolvidas (SR. ANTONIO KANDIR) tinha o único interesse de fraudar o fisco. A fiscalização não se limitou a aceitar o simples depósito bancário de 42 milhões feita pela Holding GG1, também empresa veículo, porque quem de fato depositou para a Holding GG1 foi o FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO E GESTÃO – FIPGG, Sociedade que de fato executava as negociações através de seu SÓCIO ADMINISTRADOR, Antônio Kandir. O comprovante bancário depositado pela FIPGG consta no doc. pág. (119/122). E, posteriormente, o simples depósito efetuado em nome da Supermercado Gimenes S/A, doc. pág. (119/122), a qual lhe daria o controle total da participação com 83,5% da participação do capital social seria suficiente para evidenciar operações entre o mesmo grupo econômico. O depoimento do proprietário do Supermercado Gimenes Ltda relata que, de fato, a partir do depósito realizado em 03/04/2006, de 42 milhões, na conta corrente da sociedade SUPERMERCADO GIMENES S/A, ele não teria nenhum poder de decisão nesta empresa, conforme doc. pág. (724/725). No item 14 do depoimento, item 58 deste Termo de Conclusão Fiscal, foi relatado que "saímos eu 'Sr. Antônio Gimenes' e o Sr. Ferreira (diretor administrativo) com a caneta na mão, tudo ficou: software, mercadorias, conta bancária, imobilizado, tudo...veículos, pessoal. Não tínhamos mais nenhuma ligação financeira, administrativa, contábil e fiscal com o Supermercados Gimenes S/A. Inclusive, na cláusula 13.8 do contrato de subscrições de ações, de 17 de Março de 2006, é mencionado que a Gimenes S/A, será responsável pela contabilidade e apoio gerencial à Gimenes Ltda., o que de fato comprova que o depósito de 42 milhões foi realizado na própria empresa do grupo da fiscalizada Um outro documento apresentado são as cartas de Notificações de COBRANÇA de Ajustes de Valores endereçadas ao Supermercado Gimenes Ltda, doc. pág. (684/688), o que comprova a não gerência e participação da empresa. V.VII VENDAS DOS ACERVOS OPERACIONAIS A empresa Supermercado Gimenes S/A realizou a venda de seus acervos operacionais no mês de junho/2009, conforme contratos doc. pág. (853/908). V.VIII COMPENSAÇÃO INTEGRAL DOS PREJUÍZOS ACUMULADOS O Supermercado Gimenes S/A realizou no mês de agosto a venda de todo o acervo operacional, adquirido do SUPERMERCADO GIMENES LTDA, em março de 2006, ao GRUPO CARREFOUR, no valor de 45 milhões, doc. pág. (874/908), e ao SUPERMERCADOS NAÇÕES UNIDAS, no valor de 15 milhões, doc. pág. (853/873), totalizando 60 milhões. No mês de agosto, em virtude das vendas realizadas dos acervos operacionais ao Carrefour e ao Supermercado Nações Unidas e ao plano de recuperação judicial homologado pelo juiz Nemércio Rodrigues Marques, conforme notícias da mídia local (transcreve), os credores (instituições financeiras e fornecedores) aceitaram um deságio de mais da metade da dívida da sociedade. As baixas envolveram a conta "fornecedores", que em "31/07/2006" apresentava um saldo de 46 milhões, sendo baixados 44 milhões; conforme Razão em "31/08/2006", doc. pág. (844), a conta empréstimos e financiamentos apresentava um saldo de 96 milhões e este foi quase que integralmente baixado,

DOCUMENTO VALIDADO

conforme Razão, doc. pág. (844), e consequentemente a fiscalizada apresentou um lucro fiscal de 67 milhões, conforme LALUR, doc. pág. (1.211/1.213). A venda daquele acervo operacional adquirido em 2006, com suposto ágio através de empresa veículo foi realizada com êxito. No entanto, a fiscalizada contava com a inoperância e ineficiência do Fisco em não a fiscalizar e quis assumir o risco: indevidamente e premeditadamente, compensou todo o prejuízo, no valor de 67 milhões, para não pagar o lucro apurado no mês de agosto/2009, contrariando o art. 510 do Decreto 3000/99 - Regulamento do Imposto de Renda. Levando em consideração que, após a venda e a baixa de todo seu passivo e a compensação integral do prejuízo, imediatamente, NO MESMO MÊS, a Holding GG1 Participações Ltda, QUE SE TRANSFORMOU NA SUPERLOG S/A, fiscalizada, TAMBÉM INCORPOROU o Supermercado Gimenes S/A, conforme protocolo e justificação da incorporação, doc. pág. (123/133), houve uma conduta premeditada e consciente, pois o art. 514 do Decreto 3000/99 veda a compensação de prejuízos fiscais da sucedida (Supermercado Gimenes S/A) em virtude de incorporação, fusão ou cisão. Percebe-se que há neste procedimento todos os elementos do dolo, como a vontade de agir, consciência de conduta e do seu resultado e o seu nexo causal que fez com que o Supermercado Gimenes S/A deixasse de pagar Imposto de Renda e Contribuição Social.

E, para fechar o ciclo de todos os fatos praticados, a Fiscalizada baixou integralmente o "SUPOSTO" ÁGIO apurado por ela na aquisição do acervo operacional, que será exposto nos itens 149 a 163 Amortização do "suposto" Ágio. V.IX EMPRESA VEÍCULO INCORPORANDO EMPRESA VEÍCULO Conforme protocolo e Justificação da Incorporação do Supermercado Gimenes S/A, doc. pág. (123/133), uma das considerações utilizadas pela incorporadora (Superlog S/A) foi que: – no âmbito da Recuperação Judicial, em 20 de maio de 2009, a assembleia geral de credores aprovou o plano de recuperação judicial visando a viabilização econômica da Incorporada e o respectivo pagamento de seus credores "Plano de Recuperação"; – a incorporação do SUPERMERCADO GIMENES S/A pela SUPERLOG S/A, além de contribuir para uma maior eficiência das medidas previstas no Plano de Recuperação, resultará em maior eficiência operacional, administrativa e financeira, fato que justifica a concretização da incorporação objeto do presente instrumento. O que constatamos foi exatamente o contrário dos fatos expostos, visto que, a FISCALIZADA – CONTROLADORA/INCORPORADORA (SUPERLOG S/A – empresa veículo) e a CONTROLADA/INCORPORADA (SUPERMERCADO GIMENES S/A – empresa veículo), existiram apenas para criar uma ilusão de que haviam sido realizadas compras e vendas de outras sociedades, quando, de fato, foram criadas duas sociedades CONTROLADORA E CONTROLADA, sendo esta última a que foi realizada a subscrição do capital da Supermercado Gimenes Ltda, 16,5%, e a outra parte da HOLDING GG1, 83,5% de participação, para que, quando este acervo fosse vendido, o ágio ser todo baixado como despesa. No mês de setembro/2009, houve a transformação da sociedade SUPERLOG SA e, no mesmo mês, houve a Incorporação do Supermercados Gimenes S/A, evento societário este que teve

DOCUMENTO VALIDADO

como único propósito fazer com que as despesas de amortização do ágio pago pela Fiscalizada na aquisição da fiscalizada passassem a ser aproveitadas como dedutíveis do IRPJ/CSLL, em seguida, realizando a baixa de todo o ágio. V.X AMORTIZAÇÃO DO "SUPOSTO ÁGIO" O investimento em aquisições de ações de outras empresas, com ágio ou deságio, tem o seu tratamento contábil edificado na Lei n° 6.404/1976 e o seu tratamento fiscal disciplinado nos artigos 384 a 391 do RIR/99 e, regra geral, a legislação veda os efeitos fiscais das contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo de ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento. No plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter anulado seus efeitos fiscais perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo o controle desses valores em livros fiscais próprios para o seu aproveitamento quando da alienação/liquidação do investimento.

Antes do disciplinamento criado pelos artigos 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997, esse tratamento fiscal ensejava um costumeiro "planejamento tributário" por parte de "certos contribuintes", que consistia em 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, considerando-se o ágio como imediata perda de capital, uma vez que ocorrera a extinção do investimento. Para coibir esse tipo de operação, a Lei n° 9.532/1997 veio estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio ou deságio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a, considerando a sua fundamentação econômica, somente permitir a apuração da perda ou ganho de capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, não no momento do evento, mas sim, uma vez registrado contabilmente, num prazo de amortização não inferior a 60 meses. APLICABILIDADE DO ARTIGO 386 DO RIR/99 PARA O CASO DA DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. Da leitura do art. 386 do RIR/1999 (que transcreve), a permissão legal para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida, pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a "confusão patrimonial do investimento". No caso aqui tratado, o Supermercado Gimenes S/A deixou de existir pois seu patrimônio foi incorporado pela fiscalizada – SUPERLOG S/A, que de fato era administrada pela sócia indireta FIPGG. A prática adotada pela sociedade veículo SUPERLOG S/A, empresa fiscalizada, na época dos fatos através da HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA, consistiu numa série de procedimentos, com o objetivo de "construir" uma situação contábil, conforme exposto em todo o Termo de Conclusão que lhe permitisse o aproveitamento

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

(indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99. Não obstante toda a irregularidade apurada, conforme rege toda a legislação sobre a amortização do ágio, o que de fato ocorreu foi a inexistência do ágio. Foram criados subterfúgios conforme já expostos nos itens anteriores, para que de fato simulasse a ocorrência do ágio, quando de fato, este nunca existiu. O desembolso financeiro realizado mediante transferência bancária, doc. pág. (119/122), não pode ser considerado ágio, uma vez que o pagamento teria sido realizado pela própria fiscalizada, por conta e ordem do seu sócio FIPGG, na figura do seu sócio principal o Sr. Antônio Kandir. Por vezes, quando uma pessoa adquire determinada participação societária o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor de patrimônio líquido. Em conclusão, estamos diante de uma sequência de operações cujo único propósito foi o de produzir uma despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL através da projeção na investida SUPERMERCADO GIMENES S/A, do ágio pago pelos investidores (HOLDING GG1 atualmente SUPERLOG), na aquisição do investimento. VI. INFRAÇÕES APURADAS (...) VII – DA MULTA QUALIFICADA e DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA VII.I – Da Base Legal Transcreve o art. 1º, incisos I, II e IV da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata de crimes contra a ordem tributária; traz o Conceito de dolo adotado pela lei penal brasileira e reproduz também os art. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que versam sobre as figuras de sonegação, fraude e conluio e ainda o art. 44, inciso I, § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. VII.II – Da Multa Qualificada A qualificação da MULTA deste AUTO DE INFRAÇÃO se dá pelos motivos expostos de forma sequencial neste Termo de Conclusão Fiscal. O tópico IV-Fatos Iniciais da Negociação entre o Supermercado Gimenes Ltda e o FIPGG exposto nos itens 60 a 66; Quanto ao tópico V - Da Caracterização do Planejamento Tributário, operações estruturadas em sequência, itens 67 a 69; As operações estruturadas em sequência se subdividem em: 1) Acordo realizado entre Supermercado Gimenes Ltda e o FIPGG, itens 71 a 75; 2) Criações de Empresas Veículos, itens 76 a 84; 3) Informações do Supermercado Gimenes S/A – empresa veículo – sob a ponto de vista da própria fiscalizada, itens 85 a 87; 4) Forjações quanto aos Números Apresentados na Transferência do Acervo Operacional, itens 88 a 113; 5) Uso de Empresas Veículos para Recebimento do "SUPOSTO" ÁGIO, itens 114 a 121; 6) Operações entre o Mesmo Grupo Econômico e o Controle da Empresa Veículo, itens 122 a 130; 7) Vendas dos Acervos Operacionais, item 131; 8) Compensação Integral dos Prejuízos Acumulados, itens 132 a 144;

9) Empresa Veículo Incorporando Empresa Veículo, itens145 a 148; 10) Amortização do "Suposto" Ágio, itens 149 a 163. O que se pode concluir com todos os fatos acima expostos, quanto à qualificação da multa, é que ficou caracterizada a ocorrência de fatos que, em tese, configuram Crime Contra a Ordem Tributária, definidos pelos incisos I, II e IV, do artigo 1º da lei 8.137/90, pois a Fiscalizada omitiu informação, prestou declaração falsa às autoridades fazendárias, fraudou a Fiscalização Tributária, inserindo elementos inexatos, omitiu informação em livro exigido pela lei fiscal, elaborou, distribuiu, forneceu,

emitiu e utilizou documentos que sabia serem falsos ou inexatos. A Fiscalizada, na figura de seu acionista indireto "FIPGG", e do seu diretor presidente Sr. Antônio Kandir, teve a vontade de agir, consciência de sua ação, e dos resultados por eles provocados, diante de tudo o que foi exposto nos itens 60 a 163. De todos os fatos apurados, pode-se concluir que, de fato, houve a sonegação de tributos, fraude, pois de fato tentaram impedir a ocorrência total do fato gerador da obrigação principal, e constatamos o CONLUIO, pois a sociedade FIPGG, juntamente com o seu SÓCIO DIRETOR efetivaram o fato, visando a SONEGAÇÃO. E que para esta fiscalização também restou comprovada a FRAUDE. Desta forma será formalizada REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS, acompanhada dos respectivos elementos de prova. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS O que chamou a atenção da Fiscalização foi a relação em todas os fatos realizados pelo Sr. Antônio Kandir e a empresa FIPGG da qual ele é sócio e diretor. Desde o acordo inicial realizado entre o Supermercado Gimenes Ltda e o FIPGG, exposto nos itens 71 a 75, a exposição da VEIRANO ADVOGADOS, exposto seu cliente FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, conforme itens 76 a 84, documento do Sr. Antônio João Gimenes endereçado ao Sr. Antônio Kandir, doc. pág. (690) indicando a conta corrente para que ele efetuasse o depósito de pagamento para o Supermercado Gimenes Ltda. As forjações quanto aos números apresentados na transferência do acervo patrimonial, itens 88 a 113 devidamente comprovadas. O uso de empresas veículos HOLDING GG1 e SUPERMERCADO GIMENES S/A, citadas no acordo inicial entre o SUPERMERCADO GIMENES LTDA e o FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, doc. pág. (634/646) itens 114 a 121, a compensação integral dos prejuízos acumulados, itens 143 a 144, o que a evidencia a vontade de agir, a consciência de conduta e do seu resultado, e o seu nexo causal que fez com que a Supermercado Gimenes S/A deixasse de pagar Imposto de Renda e Contribuição Social. A saída do FIPGG da participação direta da sociedade, doc. pág. (70) e colocando uma empresa veículo, criada unicamente para este fim. E o que nos deixou perplexos, foi simplesmente trocar a FIPGG pela DENEB S/A, conforme exposto no item 13, e colocar a FIPGG como única acionista da Holding GG1, empresa veículo, pois quem de fato realizou todas as operações foi a FIPGG, na figura de seu acionista e diretor presidente Antônio Kandir, doc. pág. (636/646).

Enfim todos os fatos expostos, acordo inicial entre FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, e Supermercado Gimenes Ltda, criações de empresas veículos, FIPGG, figura do Sr. Antônio Kandir, forjações quanto aos números apresentados na transferência do acervo operacional, FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, uso de empresa veículo para recebimento do "suposto ágio" FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, vendas dos acervos operacionais, FIPGG, na figura do Sr. Antônio Kandir, o que de fato foi noticiado pelo veículos de comunicações, exposto no item 138, compensação integral dos prejuízos acumulados, expostos nos itens 132 a 149, empresa veículo incorporando empresa veículo, expostos nos itens 145 a 148, e por último para fechar todo o ciclo a amortização do suposto ágio, expostos nos itens 149 a 163. Podemos concluir, com base nos fatos expostos neste termo de Conclusão Fiscal, através das informações fornecidas pela

DOCUMENTO VALIDADO

Fiscalizada, pelas empresa diligenciadas e através dos depoimentos realizados é que o Sr. ANTONIO KANDIR, CPF 146.229.631-91, é de fato o diretor presidente responsável pela Fiscalizada. Todos os principais fatos deste procedimento, como a assinatura do acordo de aquisição do acervo operacional, todas as exigências eram por ele realizadas através de sua empresa FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES E GESTÃO, CNPJ 06.962.594/0001-06, denominada neste procedimento de FIPGG, é de fato sócio de fato da FISCALIZADA. CONCLUI-SE que está caracterizado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária nos termos dos incisos I e II do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) e, ainda, está caracterizada a responsabilidade pessoal em função de exercer a administração de fato da empresa, nos termos do inciso III do art. 135 da mesma Lei nº 5.172, de 1966 (transcreve). IX – TERMO DE DECLARAÇÃO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Estamos enviando ao Sr. ANTONIO KANDIR, CPF 146.229.631-91 na condição de sujeito passivo solidário, que está caracterizado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária nos termos dos incisos I e II do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) e, ainda, está caracterizada a responsabilidade pessoal em função de exercer a administração de fato da empresa, nos termos do inciso III do art. 135 da mesma Lei nº 5.172, de 1966. E que fica cientificada do crédito tributário constituído mediante Autos de Infração lavrado, juntamente com o Termo de Conclusão Fiscal e seus demonstrativos contra o sujeito passivo SUPERLOG LOGISTICA S/A, CNPJ n.º: 07.861.269/0001-01, que consta no Processo Administrativo Fiscal nº 10840.723952/2015-51, para que exerça normalmente o seu direito de defesa, garantido pela Constituição Federal. Estamos enviado à empresa FUNDO INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES E GESTÃO, denominada FIPGG, atualmente chamada de INVESTIDORES INSTITUCIONAIS II - FUNDO DE INVESTIMENTO FIP, CNPJ 06.962.594/0001-06 na condição de sujeito passivo solidário, que está caracterizado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária nos termos do incisos I do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) por restar caracterizado ser a única acionista de fato da empresa fiscalizada. E que fica cientificada do crédito tributário constituído mediante Autos de Infração lavrado, juntamente com o Termo de Conclusão Fiscal e seus demonstrativos contra o sujeito passivo SUPERLOG LOGISTICA S/A, CNPJ n.º 07.861.269/0001-01, que consta no Processo Administrativo Fiscal nº 10840.723952/2015-51, para que exerça normalmente o seu direito de defesa, garantido pela Constituição Federal.

X. ARROLAMENTO (...) XI. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS (...) Cientificada dos Autos de Infração, a contribuinte SUPERLOG LOGÍSTICA S.A., por seus advogados subscritos, apresentou impugnação aos autos de infração (fls. 11.434 a 11.471), na qual, após breve relato dos Autos de Infração, explicita as operações realizadas para a aquisição e manutenção do negócio atrelado ao setor de supermercados e oferece seus argumentos contra as infrações que lhe foram imputadas, da seguinte forma: I. b) Os procedimentos adotados para a aquisição da rede de supermercados Gimenes As operações descritas pela fiscalização

DOCUMENTO VALIDADO

iniciaram-se no ano de 2006 e tiveram por objetivo a aquisição do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda. ("Gimenes Ltda."), atual Super Holding Gimenes Ltda., de propriedade do Sr. Antônio Gimenes e seus familiares. No contexto de forte crescimento econômico e aumento exponencial do consumo interno – muito diferente do atual cenário brasileiro – o FIPGG decidiu adquirir a rede de supermercados Gimenes Ltda., uma das maiores do interior paulista. Como é de praxe em fundos de investimentos em participação – FIPs, ao decidir pela realização de um investimento dentre outros detidos, foi constituída, em 2006, a ora Impugnante, sob a razão social de Holding GG1 Participações Ltda. (Doc. 03), para que pudesse instrumentalizar a aquisição pretendida, compartimentalizando o investimento a ser realizado com o objetivo de melhor administrá-lo. Os termos, condições e cláusulas que resultaram da negociação tida com os detentores do capital social do Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda. estão claramente descritos no contrato de subscrição de ações e outras avenças datado de 17 de março de 2006, o qual, inclusive, descreve as razões determinantes para tal negócio em seu preâmbulo – itens "a" a "i" (Doc. 04). No intuito de estruturar a aquisição, a Impugnante, após aporte de recurso do FIPGG, subscreveu ações do Gimenes S.A., integralizando a quantia de R$42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de reais) (Doc. 05). Tal Companhia recebeu também ativos e passivos do Gimenes Ltda., permitindo a continuidade do exercício das atividades empresariais da rede de supermercados e aprimorando sua governança corporativa, em conformidade com as melhores práticas de mercado. O valor total da negociação constante do contrato firmado entre as partes (Doc. 04, já citado) foi pactuado da seguinte forma: – R$100.660.000,00 (cem milhões, seiscentos e sessenta mil reais) deduzidos da expressiva dívida líquida do Gimenes Ltda., apurada no balanço patrimonial levantado com data base em 28 de fevereiro de 2006Assim sendo, ao final, a Impugnante obrigou-se a remunerar o Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda., do seguinte modo: (i) 16,5% (dezesseis e meio por cento) em ações do Gimenes S.A.com a transferência do acervo do Gimenes Ltda.; (si) R$6.000.000,00 (seis milhões) a serem pagos em 03.04.2006; (III) R$4.000.000,00 (quatro milhões) a serem pagos um ano após, a contar do pagamento anterior; (IV) R$3.000.000,00 (três milhões) a serem pagos em 31.01.2009; (v) o saldo residual, a ser pago no momento em que a Impugnante alienasse completamente o investimento. Sob a perspectiva societária, a operação foi estruturada do seguinte modo: • Na Ata de Assembleia Geral (A.G.E.) de 30.03.2006 (Doc. 06), o Gimenes S.A. aprovou a emissão de 18 (dezoito) ações preferenciais classe A, 82 (oitenta e duas) ações preferenciais classe B, 743.560 (setecentas e quarenta e três mil, quinhentas e sessenta) ações ordinárias classe A e 337.918 (trezentas e trinta e sete mil, novecentas e dezoito) ações ordinárias classe B, todas subscritas pelo Gimenes Ltda. e integralizadas por meio da conferência de parte de seus ativos e passivos, elencados no laudo de avaliação anexo elaborado pela Deloitte (Doc. 07), pelo seu valor contábil, de R$1.081.578,00 (um milhão, oitenta e um mil e quinhentos e setenta e oito reais), tornando-se proprietária de 99,99% do

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

capital social do Gimenes S.A.; • Na Ata de Assembleia Geral (A.G.E.) de 31.03.2006 (Doc. 05, já citado), o Gimenes S.A. aprovou a emissão de 463.286 (quatrocentas e sessenta e três mil, duzentas e oitenta e seis) ações ordinárias classe B, todas subscritas pela Impugnante e integralizadas por meio do aporte de R$42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de reais) em dinheiro, sendo R$463.286,00 (quatrocentos e sessenta e três mil, duzentos e oitenta e seis reais) a título de preço de subscrição e R$41.536.714,00 (quarenta e um milhões, quinhentos e trinta e seis mil, setecentos quatorze reais) a título de ágio. Nesta mesma A.G.E., aprovou-se o resgate com ágio de todas as 743.560 (setecentas e quarenta e três mil, quinhentas e sessenta) ações ordinárias classe A, pelo total de R$ 20.727.000,00 (vinte milhões, setecentos e vinte e sete mil reais), mediante a assunção pelo Gimenes S.A. de dívidas do Gimenes Ltda. neste mesmo valor, elencadas na relação anexa (Doc. 08); • Em sequência, de acordo com as condições e as proporções estabelecidas na cláusula 5.1, alíneas “g”, “i” e “k”, do contrato de subscrição de ações (Doc. 04, já citado), o Gimenes Ltda. transferiu todas as suas 337.918 (trezentas e trinta e sete mil novecentas e dezoito) ações ordinárias classe B para a Impugnante, para a Holding N3 Gimenes Ltda. e para a Holding Sarrassini Ltda., de modo que a Impugnante ficasse com 83,5% de participação no capital social do Gimenes S.A. e os demais, com 16,5%. Verifica-se claramente de todos os documentos acostados durante a extensa fiscalização e a esta defesa que as operações decorreram de negociações efetivamente realizadas entre partes independentes para a constituição de uma companhia que exerceria a atividade de supermercado, mantendo-se ativos e passivos, mediante nova configuração societária, com elevado grau de governança corporativa, em que a Impugnante participaria de 83,5% do capital social e a família Gimenes e José Sarrassini, de 16,5%. Note que a operação de aquisição de fato gerou um ágio de R$44.562.000,00 (quarenta e quatro milhões, quinhentos e sessenta e dois mil reais), fundado na expectativa de rentabilidade futura lastreada por laudo elaborado pela empresa independente Setape Assessoria Econômica (Doc. 09), quando da aquisição de 83,5% (oitenta e três e meio por cento) do Gimenes S.A. pela Impugnante, amortizado para fins fiscais após a incorporação, nos termos da Lei nº 9.532/97. A contabilização do ágio pela Impugnante atendeu a todos os requisitos legais, como se verifica da análise de suas demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2006, auditadas pela Deloitte (Doc. 10). Esclarece a Impugnante que se encontra anexo à presente defesa o mapa completo com todos os movimentos societários realizados, passo a passo (Doc. 11). Feitas essas explicações, a Impugnante tece as seguintes considerações sobre a continuidade das atividades empresariais da rede de supermercados: I. c) Os procedimentos adotados posteriormente à aquisição da rede de supermercados Gimenes Ao contrário do que se imaginava inicialmente, após o aperfeiçoamento dos procedimentos societários, fiscais e contábeis relativos à aquisição da rede de supermercados, o negócio não atingiu o resultado esperado em decorrência de uma série de eventos alheios à vontade dos acionistas, bem como em razão de conjunturas econômicas e comerciais mercadológicas. Em que pese todo o

esforço, a empresa amargou prejuízos operacionais em todos os exercícios após a aquisição do acervo da rede de supermercados, nos termos identificados nas DIPJ do Gimenes S.A. dos exercícios de 2006 a 2009 (Docs. 12 a 14). O investimento realizado em 2006 fracassou do ponto de vista financeiro e econômico e levou o Gimenes S.A. a pedir recuperação judicial, conforme plano homologado por sentença em 22.07.2009 (Docs. 15 e 16). Como parte de todo o planejamento para levantar fundos e viabilizar o pagamento das dívidas existentes, também em 2009, a Impugnante incorporou a integralidade do capital social do Gimenes S.A., bem como alienou unidades produtivas isoladas para o Carrefour e para o Supermercado Nações Unidas (Grupo Ricoy) (Docs. 17 e 18), nos exatos termos autorizados pelo art. 60 da Lei nº 11.101/05. Nesse ponto, a Impugnante rechaça qualquer alegação de que o investimento ocorrido em 2006 e os atos da recuperação judicial mencionados acima tenham sido parte de uma série de operações estruturadas em sequência com o objetivo de lesar o Fisco. Não faz sentido algum, seja do ponto de vista econômico ou mesmo fiscal, que um fundo de investimentos aceite desembolsar mais de R$60 milhões com o único objetivo de amargar prejuízos milionários ano após ano para três anos depois, pedir recuperação judicial e ter uma economia fiscal de aproximadamente R$15 milhões ao deixar de pagar IRPJ e CSLL sobre o valor do desconto. Destaca-se que, apesar do insucesso do investimento, o Gimenes S.A. continuou exercendo suas atividades e, sobretudo, honrando as dívidas e compromissos assumidos desde a época do Gimenes Ltda. Note-se que o esforço na condução das operações realizadas e o incremento da governança corporativa viabilizaram o pagamento das dívidas da recuperação judicial e de demais dívidas tributárias e trabalhistas. Recentemente, o Juiz responsável pelo processo da recuperação judicial autorizou o encerramento do processo, conforme se denota da decisão anexa (Doc. 19), em razão do cumprimento de todas as medidas previstas no plano, a teor dos arts. 61 c/c 63 da Lei nº 11.101/05. Por fim, apenas a título exemplificativo e no intuito de demonstrar sua boa-fé na condução dos negócios, a Impugnante anexa os extratos de processos trabalhistas movidos por funcionários do Gimenes Ltda. E que foram extintos por quitação dos débitos pelo Gimenes S.A. (Doc. 20). Sendo esses os esclarecimentos iniciais de ordem fática que demonstram os principais procedimentos adotados pela Impugnante desde o início do investimento realizado na rede de supermercados Gimenes, passam-se a esclarecer categoricamente que a cobrança oriunda do auto de infração em análise não deve prosperar. II – DO DIREITO II. a) Da decadência dos créditos tributários constituídos primeiramente, imperioso ressaltar que os débitos constituídos pela autuação ora combatida foram fulminados pela decadência, conforme se passa a demonstrar. O Código Tributário Nacional regulamentou as questões pertinentes à decadência, limitando em 5 (cinco) anos o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, iniciando o prazo conforme a modalidade do lançamento a ser efetuada. Nos tributos cujos lançamentos forem por homologação, o prazo decadencial inicia-se na data da ocorrência do fato gerador do tributo, salvo se comprovada a presença de dolo, fraude ou simulação, conforme determina o

DOCUMENTO VALIDADO

artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (transcreve). Somente nos casos em que for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra contida no artigo 173, inciso I, do Código Tribunal Nacional. In casu, conforme relatado no tópico dos fatos, o auto de infração constituiu créditos tributários de IRPJ e CSLL decorrentes da compensação integral do prejuízo fiscal do Gimenes S.A., sem considerar a suposta limitação (trava de trinta por cento do lucro líquido) descrita no artigo 510 do RIR/99, em razão de realização de incorporação do Gimenes S.A. pela Impugnante, ocorrida em 31 de agosto de 2009, conforme demonstra o protocolo de justificação da incorporação mencionada (Doc. 21). É cediço que o IRPJ e a CSLL são tributos cujo lançamento é realizado por homologação e, por não se vislumbrar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme será abordado nos tópicos seguintes, deve necessariamente ser aplicada a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN: Como se sabe, tais tributos estão sujeitos a lançamento por homologação, situação que comporta a aplicação do prazo decadencial de 5 anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, nos termos do que dispõe o Art. 150, § 4º, do CTN, acima reproduzido. Destaca-se que, na hipótese de incorporação, considera-se ocorrido o fato gerador do IRPJ e CSLL na data do evento, no presente caso, 31 de agosto de 2009, a teor do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.430/96 (transcreve), sendo esse, inclusive, o entendimento adotado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), conforme exemplificado no acórdão que colaciona. Tendo em vista a inexistência de dolo, fraude ou simulação no presente caso, verifica-se que os débitos ora em cobrança foram definitivamente extintos pela decadência em 31 de agosto de 2014, mais de um ano antes da intimação da Impugnante acerca da lavratura do presente auto de infração, que se operou apenas em 14 de dezembro de 2015. Entretanto, ainda que houvesse qualquer dolo, fraude ou simulação, o que se admite apenas a título argumentativo, os débitos cobrados ainda assim teriam sido fulminados pela decadência, nos termos do art. 173, I (transcreve). Considerando o disposto no art. 861 do RIR/99 e a antecipação do fato gerador do IRPJ e da CSLL para 31.08.2009, conclui-se que o prazo para a entrega da DIPJ se encerrou em 30.09.2009 e, a partir desta data, o Fisco já poderia ter lançado os débitos ora impugnados. Ou seja, considera-se 1º de janeiro de 2010 o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" para fins de aplicação do art. 173, I, do CTN, sendo este o dies a quo do lustro decadencial. Dessa forma, ainda que se entenda pela aplicabilidade desse dispositivo, tem-se que o prazo decadencial encerrou-se em 01.01.2015, devendo, portanto, serem extintos os créditos tributários em voga com fundamento no inciso V do art. 156 do CTN. II. b) Da inexistência de fraude nas operações descritas no auto de infração sem prejuízo de todos os argumentos mencionados no tópico anterior que, por si só, já são suficientes para a extinção da presente cobrança, ad argumentandum, passa-se a demonstrar a lisura dos atos realizados na operação de aquisição do Gimenes e, consequentemente, o afastamento imediato da imputação do Sr. Agente Fiscal de existência de atos fraudulentos tendentes a prejudicar o fisco federal. A

DOCUMENTO VALIDADO

fiscalização federal, a respeito das operações ora em discussão, iniciou-se em 26.06.2012, sob a condução da Sra. Sabrina Christofoletti. Intimada a apresentar documentos sobre o caso e convidada a comparecer nas dependências da Secretaria da Receita Federal para as devidas explicações sobre o caso, a Impugnante assim o fez. Tendo sido apresentados diversos documentos à fiscalização e explicados os passos das operações realizadas, a Agente Fiscal responsável sentiu-se satisfeita e não mais questionou a Impugnante. Decorrido longo prazo, em 27.07.2015, novo Agente Fiscal, Sr. Fábio Fernandes de Oliveira, assumiu a fiscalização e deu novo caminho ao caso, manifestando-se no sentido de que o direito do fisco autuar a empresa fiscalizada já estaria decaído e que, portanto, gostaria apenas de solicitar mais documentos para verificar eventuais indícios de fraude/crime que pudessem dar ensejo a algum tipo de cobrança fiscal. A fiscalizada, apesar de irresignada com a atitude do Agente Fiscal Fábio, ciente da retidão dos seus atos, não mediu esforços para apresentar/entregar todos os documentos fiscais, contábeis, contratuais requisitados, conforme se verifica das milhares de folhas constantes do procedimento fiscalizatório. Surpreendentemente, as intimações para apresentação de documentos e comparecimentos à Receita Federal não paravam de chegar, sendo solicitados documentos cada vez mais antigos e de propriedade de outras empresas, como por exemplo do Supermercado Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda. Ora, ficou evidente que a fiscalização buscava desesperada e intencionalmente qualquer tipo de informação desencontrada ou alguma lacuna mínima eventualmente existente para tentar dilatar o prazo decadencial e determinar a existência de fraude nos procedimentos adotados. Sem ter encontrado quaisquer falhas de licitudes nas operações realizadas e tendo recebido todos os documentos que cabiam à Impugnante apresentar no decorrer da fiscalização, o Sr. Agente Fiscal apoiou-se em suposições descabidas e declarações do antigo quotista do Gimenes Ltda., o Sr. Antônio João Gimenes. Desta forma, ao lançar a cobrança, o Sr. Agente Fiscal assim concluiu: "61. Diante do exposto acima, ficou claro para esta fiscalização que havia indícios de fraude neste procedimento, quanto à apropriação do ágio para aquisição dos acervos patrimoniais do Supermercado Gimenes Ltda., quanto à abertura de empresa veículo para a recepção dos acervos patrimoniais e sua posterior venda a terceiros. E após a venda destes acervos, a baixa dos ativos e passivos com deságio de mais da metade do passivo, conforme notícias veiculadas no item 138, fez com que o SUPERMERCADO GIMENES S/A apurasse em agosto/2009 um lucro de 67 milhões de reais e, ainda não satisfeita, compensou integralmente o referido lucro com prejuízos acumulados.(...) 67. O planejamento tributário promovido pela fiscalizada é composto de operações estruturadas numa sequência de etapas, em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária encadeado com o subsequente, com vista a obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Cada etapa só tendo sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que sucede." As afirmativas constantes do auto de infração ora combatido, referentes à realização de atos fraudulentos para gozo de benefícios tributários

DOCUMENTO VALIDADO

indevidos, não devem ser consideradas, conforme abaixo restará explicado. II. b. 1) Da constituição de empresas para instrumentalizar a operação de aquisição da rede de supermercados O auto de infração menciona os termos "empresas personagens" e "reestruturações societárias", bem como o histórico societário sobre a criação de pessoas jurídicas denominadas empresas veículos para fundamentar a existência de fraudes na operação realizada junto à rede de supermercados. Traz em seu bojo a informação de que a empresa RC1 Participações S.A. foi constituída rapidamente tendo como acionistas os advogados Ricardo Veirano, Carolina Guerreiro e Ana Beatriz Margoni e que tal pessoa jurídica alterou a denominação social e o objeto, dando ensejo ao Supermercado Gimenes S.A. Menciona que também foi criada a empresa veículo Holding GG1 Participações Ltda., que se transformou na Impugnante Superlog Logística S.A. Esclarece, ainda, que o dinheiro para viabilizar a operação não possui origem em nenhuma delas, tendo sido aportado pelo Fundo de Investimento em Participação Governança & Gestão – FIPGG. A fiscalização conclui, então, que: "117. No caso sob análise, a criação das empresas HOLDING GG1 e Supermercado Gimenes S.A., a utilização destas empresas para receber o acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda., a sua posterior venda, a sua baixa de bens, direitos e obrigações, a compensação integral dos prejuízos acumulados, a incorporação da empresa veículo e a posterior dedutibilidade integral do ágio, que de fato nunca existiu, apenas fazem parte do enredo montado pela fiscalizada para, no final, a fotografia claramente destaca o benefício fiscal planejado e alcançado." Importante salientar desde logo que o Sr. Agente Fiscal parece não conhecer muito bem o funcionamento de um Fundo de Investimento em Participações – FIP. A redação do auto de infração é pouco precisa tecnicamente e limita o pleno exercício do direito de defesa pela Impugnante, à medida que o Sr. Agente Fiscal em momento nenhum indica precisamente qual teria sido a fraude societária e o fundamento legal de sua caracterização. Pois bem, a essência de um FIP, desde o seu nascimento, é de realizar investimentos em pessoas jurídicas que necessitem de recursos para crescer e que possuam um potencial para atingir um retorno financeiro promissor a fim de que, posteriormente, as participações societárias adquiridas possam ser alienadas. O FIPGG, ao decidir pela aquisição da rede de supermercados Gimenes, sempre esteve regular com as suas atividades, mediante autorização da Comissão de Valores Mobiliários e regulamento válido (Doc. 22). A Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, trata dos FIPs da seguinte maneira: "Art. 2º. O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração." Assim sendo, para instrumentalizar os seus investimentos em determinadas empresas,

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

controlar e administrar cada investida devidamente, realizou os aportes financeiros em empresas holdings para cada situação em específico, compartimentalizando, desta forma, seus investimentos. A utilização de empresas holdings na relação de controlada com controladora para a operacionalização de um investimento é amplamente autorizada pela legislação (transcreve art. 243 da Lei n° 6.404, de 1976). A doutrina também deixa claro o direito dos empresários de se utilizarem de empresas holdings para seus negócios (transcreve trecho doutrinário). O Sr. Agente Fiscal, em sua inesgotável sede arrecadatória, tenta fazer parecer que os atos realizados nessas operações foram manipulados para que se usufruísse de benefícios fiscais indevidos. Ora, um FIP sempre realiza investimentos com o objetivo de lucrar futuramente com o retorno positivo do negócio, o que se encontra, inclusive, demonstrado no laudo de expectativa de rentabilidade futura acostado à presente (Doc. 09, já citado). Não há como concordar com a fiscalização quando menciona que todas as movimentações societárias já teriam sido previamente planejadas, como, por exemplo, a dedutibilidade integral do ágio, compensação integral de prejuízos e venda de bens. A grande maioria das decisões jurídicas, comerciais e financeiras realizadas ocorreu muitos anos após a aquisição da rede de supermercados, momento em que se constatou relevante prejuízo operacional e se buscou alternativas para saldar as dívidas cíveis, fiscais e trabalhistas da Impugnante, como, por exemplo, a recuperação judicial. Todos os movimentos societários realizados foram devidamente autorizados pela legislação societária pátria, confeccionados e registrados nos órgãos governamentais, sempre entregues e explicados à fiscalização. Ademais, conforme se verificará mais adiante, em decorrência dos valores investidos para a aquisição da rede de supermercados e da expectativa de crescimento da empresa, quaisquer estruturas societárias implementadas implicariam em contabilização de ágio. Com o nítido sentimento de demonstrar a qualquer custo a ocorrência de algum tipo de fraude, a fiscalização fundamenta a realização de atos fraudulentos na composição e utilização de ágio pela Impugnante que nunca sequer foi aproveitado para fins de redução de recolhimento de tributos (IRPJ e CSLL), uma vez que a empresa permaneceu com prejuízo operacional nos anos subsequentes. Em suma, os frágeis argumentos que compõem o auto de infração no sentido de tentar comprovar a existência de atos fraudulentos em decorrência da utilização de empresas veículos em operações estruturadas em sequência devem ser afastados. Está evidente que o investimento realizado seguiu os costumes empresariais amplamente aceitos no país, com as devidas autorizações legais, em linha com a doutrina e a jurisprudência dominantes, inexistindo, portanto, qualquer enredo montado pela fiscalizada para obter benefícios fiscais ilícitos. Apesar da clareza e retidão na celebração dos atos societários realizados, a fim de afastar quaisquer dúvidas sobre a lisura dos procedimentos da Impugnante, esclarece-se a seguir a transferência dos ativos e passivos do Gimenes Ltda. para o Gimenes S.A. II. b. 2) Da transferência dos ativos e passivos do Gimenes Ltda. Para o Gimenes S.A. Menciona-se em algumas passagens do auto de infração a alegação de existência

de forjações quanto aos números apresentados na transferência do acervo operacional da Gimenes Ltda. para a Gimenes S.A. Para chegar à referida conclusão, o Sr. Agente Fiscal baseou-se mais uma vez em suposições, depoimentos verbais do Sr. Antônio João Gimenes e planilhas sem qualquer validade formal entregues pela mesma pessoa. Mesmo sem ter tido acesso às informações completas contábeis, de auditoria e financeiras do Gimenes Ltda, o Sr. Agente Fiscal, munido de vontade de autuar, atuando como se profissional de ciências contábeis fosse, houve por bem "extrair" o que denominou de "balanço verdadeiro do Supermercado Gimenes Ltda.", conforme se verifica da página 37 da autuação: "As planilhas apresentadas, doc. pág. (647/695) evidenciam o balanço verdadeiro da Supermercado Gimenes Ltda apresentado em 31/12/2005 e que deliberadamente o Supermercado Gimenes S.A. representado pelo Sr. Antônio Kandir alterou os números com a única finalidade de apresentar um patrimônio líquido negativo." Ora, concluir que o Gimenes S.A. alterou os números com a finalidade de apresentar um patrimônio líquido negativo falso sem nenhuma prova contundente e clara de autoria resta completamente inadmissível. Mais uma vez, a Impugnante passa a rechaçar a tentativa da fiscalização em dar materialidade às acusações formuladas. Nos termos já mencionados, toda a negociação ocorrida em 2006 teve como objetivo a transferência de ativos e passivos do Gimenes Ltda. para o Gimenes S.A., de modo a possibilitar a continuidade do exercício das atividades e o pagamento dos compromissos assumidos pela rede de supermercados. O balanço patrimonial do Gimenes Ltda. levantado em 28.02.2006 (Doc. 23) apontava patrimônio líquido negativo de R$3.542.775,00, de acordo com as informações abaixo reproduzidas: - Ativos = R$133.614.132,00; - Passivos = R$137.156.907,00; e Patrimônio líquido = - R$3.542.775,00. Processo 10840.723952/2015-51 Acórdão n.º 15-43.288 DRJ/SDR Fls. 12.410 39 Empréstimos e financiamentos compuseram parcela relevante do passivo na quantia de R$61.984.748,00. Aproximadamente R$40 milhões dessas dívidas bancárias foram transferidas para o Gimenes S.A. quando da transferência da maior parte do acervo líquido do Gimenes Ltda. (R$94.146.646,00 em ativos e R$93.065.068,00 em passivos – valor líquido de R$1.081.578,00), aprovado na A.G.E. de 30.03.2006, explanada anteriormente. Ora, os ativos e passivos transferidos nesta oportunidade encontram-se elencados na relação no laudo de avaliação elaborado pela Deloitte (Doc. 07, já citado). A quantia restante, de R$20.727.000,00, também foi transferida no momento do resgate de ações, aprovado na A.G.E. de 31.03.2006. A relação dessas dívidas bancárias, assumidas no resgate de ações, encontra-se anexa à presente Impugnação (Doc. 08, já citado). A fim de melhor ilustrar as operações descritas acima, a Impugnante elaborou a seguinte demonstração: Deliberação da A.G.E. do Gimenes S.A. de 30.03.2006: A Impugnante anexa, também, a relação consolidada de todos os ativos e passivos que foram aportados no Gimenes S.A. após todas as operações descritas acima, na qual fica evidenciada a transferência de R$53.504.306,00, a título de empréstimos e financiamentos de curto prazo, e R$8.480.442,00 a título de empréstimos e financiamentos de longo prazo, valores

DOCUMENTO VALIDADO

cuja soma totaliza os R$61.984.748,00 anteriormente mencionados (Doc. 24). Portanto, não existe qualquer motivo para questionar a existência dessas dívidas assumidas no resgate de ações. O Sr. Agente Fiscal fundamentou a suspeita de "maquiagem de números" unicamente pelo fato de ter havido redução do patrimônio líquido do Gimenes Ltda. entre 31.12.2005 e 28.02.2006 de aproximadamente R$20 milhões (vide fl. 34 do termo de conclusão fiscal), sem conseguir comprovar qualquer atitude que teria gerado o ato ilícito. Comparando-se o balanço patrimonial de 31.12.2005 apresentado na DIPJ pelo Gimenes Ltda. (Doc. 25) ao balanço elaborado pelo próprio fiscal a partir do Livro Razão (Doc. 26), constata-se que a diminuição se deve à redução nas contas "estoques", "contas a receber" e "impostos a pagar", bem como ao aumento das contas "obrigações tributárias" e "obrigações sociais e trabalhistas". Houve também aumentos significativos nas contas "caixa", "créditos a receber de fornecedores" e redução na conta "diversos" do passivo. O saldo dessas alterações provocou uma redução no PL de R$20,72 milhões. Tais alterações são plenamente compreensíveis em vista do exercício das atividades dos supermercados, visto que, como já esclarecido, o Gimenes Ltda, já àquela época, passava por dificuldades financeiras e possuía dívidas de alta monta. Reitera-se que o valor dos ativos e passivos transferidos do Gimenes Ltda. para o Gimenes S.A. foi extraído do Laudo de Avaliação, a valores contábeis, na data-base de 28 de fevereiro de 2006, de parte do acervo líquido do Supermercado Gimenes Ltda., para fins de aumento de capital na RC1 Participações S.A. (Doc. 07, já citado). Esse laudo foi elaborado pela Deloitte e, de acordo com seu item "I. INTRODUÇÃO", "toma como base o balanço patrimonial da Sociedade levantado em 28 de fevereiro de 2006". A Deloitte atesta, ainda, que "Os livros contábeis da Sociedade se acham revestidos de todas as formalidades legais pertinentes e foram escriturados de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil, uniforme e consistentemente aplicadas." É inadmissível que o fiscal alegue a falsidade de tais números fundamentando-se exclusivamente em planilhas internas elaboradas pelos proprietários do Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda., de acordo com critérios que não dizem respeito à Impugnante, e ainda pretenda atribuir a responsabilidade pela suposta "falsificação" ao Gimenes S.A. e sua controladora. Se por acaso houvesse sido constatada qualquer irregularidade contábil no acervo do Gimenes Ltda. transferido ao Gimenes S.A., a autoria da irregularidade deveria ser imputada aos sócios/controladores do Gimenes Ltda., inclusive para eventuais consequências penais e tributárias. A Impugnante informou diversas vezes à fiscalização e reitera nesta oportunidade que não tem acesso à totalidade dos documentos contábeis/fiscais do Gimenes Ltda. Reitera ainda que, até 31.03.2006, a administração dos supermercados era realizada exclusivamente pelos sócios do Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda. A esse propósito, oportuno ressaltar que, mesmo após a reestruturação ocorrida em 2006, (i) o Sr. José Sarrassini, então diretor presidente executivo da Super Holding Gimenes Ltda., permaneceu como diretor presidente do Gimenes S.A. até 17.01.2008 (Doc. 27) e possuía ainda, por meio da Holding

DOCUMENTO VALIDADO

Sarrassini, 1,5% de participação no capital social, como já explanado; (si) os proprietários da Super Holding Gimenes Ltda. indicaram um representante no Conselho de Administração do Gimenes S.A. (vide cláusula 3.15 do contrato de subscrição de ações – Doc. 04, já citado); e (III) duas filhas do Sr. Antônio João Gimenes permaneceram como diretoras do Gimenes S.A. até 22.09.2006 – Natália Scatena Gimenes como diretora de recursos humanos e Nêmora Gimenes Maschietto como diretora de marketing (vide Doc. 27, citado acima). A despeito desses fatos, estranhamente, o referido auto de infração buscou a caracterização de fraude, o que de fato não existiu, mas não imputou quaisquer responsabilidades aos controladores da empresa Super Holding Gimenes Ltda. Fato é que os valores de empréstimos e financiamentos de curto e longo prazo e créditos com pessoas ligadas tiveram aumento sensível entre 31.12.2005 e 28.02.2006, não havendo qualquer inconsistência quanto a essas quantias. Ao contrário do que afirma o Agente Fiscal, não há "balanço verdadeiro" do Gimenes Ltda. alterado pelo Gimenes S.A. no intuito de apresentar o Patrimônio Líquido negativo. O que houve foi uma redução de 20 milhões no referido Patrimônio Líquido do Gimenes Ltda., entre 31.12.2005 e o momento da transferência de ativos e passivos para o Gimenes S.A., em decorrência do exercício normal das atividades dos supermercados. Por último, em relação a este ponto, é importante ressaltar que o Gimenes S.A. jamais utilizou esse ágio no resgate de ações (R$20.727.000,00) para reduzir seu lucro tributável. Conforme deliberado na A.G.E. de 29.12.2006 do Gimenes S.A. (Doc. 28) e evidenciado pelo balanço patrimonial da Impugnante de 31.12.2006, auditado pela Deloitte (Doc. 29), este ágio no resgate de ações foi lançado contra a reserva de ágio criada quando da subscrição de 463.286 ações ordinárias classe B, de acordo com o quadro a seguir: Como consabido, tanto o aumento quanto a redução na reserva de ágio não provocam efeitos fiscais (art. 442 do RIR/99), inexistindo motivo para que este ponto seja arguido pela fiscalização como indício de fraude. Ou seja, o ágio no resgate de ações, do ponto de vista do investido Gimenes S.A., permaneceu simplesmente como um lançamento contábil, não tendo sido deduzido ou aproveitado de qualquer forma. Desta maneira, não há dúvidas de que a transferência de ativos e passivos da Gimenes Ltda. para Gimenes S.A. decorreu da maneira conforme contratada entre as partes e em respeito à legislação vigente. Enfim, afastadas as afirmações que poderiam dar sustentação à alegação da fiscalização de ocorrência de atividades fraudulentas para fruição de benefícios fiscais indevidos, a presente impugnação realiza a defesa do direito à fruição do ágio e à compensação integral, sem a trava de trinta por cento do lucro, em razão de realização de operação de incorporação. II. c) Da materialidade do ágio apropriado Diante dos entendimentos fiscais, o auto de infração procedeu à glosa das despesas com ágio incorridas pela Impugnante, sob o fundamento de que: "Para a caracterização do ágio seria necessário que houvesse dispêndio junto a terceiros, de modo que a operação surgiria da vontade de partes independentes, o que não ocorreu neste procedimento." Prosseguiu afirmando que: "Não se poderia falar em preço ou custo de aquisição de participação societária e, por

DOCUMENTO VALIDADO

conseguinte, de ágio, se as partes envolvidas na sua geração não guardam independência entre si" (fl. 48 do termo de conclusão fiscal). Ocorre que esse entendimento está em total descompasso com os fatos e com a legislação vigente à época. Como mencionado anteriormente, a aquisição pela Impugnante de 83,5% do capital do Gimenes S.A. resultou em ágio de R$44.562.000,00, fundado integralmente na expectativa de rentabilidade futura respaldada por laudo elaborado por empresa independente, conforme nota explicativa nº 3 da Deloitte (Doc. 09, já citado), que transcreve. O ágio foi originado pelo pagamento a terceiros (da Impugnante para o Gimenes Ltda.), na forma descrita acima e, portanto, não foi gerado a partir de mecanismos contábeis simulados no intuito de ludibriar o Fisco. Muito pelo contrário, foi calculado com base na diferença entre 83,5% do patrimônio líquido da investida e o valor total da negociação entre a Impugnante e o Gimenes Ltda. O fato de parte do valor da aquisição ter sido aportado diretamente na investida não descaracteriza a negociação entre partes independentes. Ad argumentandum tantum, ainda que se considere o ágio ora discutido como ágio interno, convém ressaltar que a legislação vigente em 2009 não trazia qualquer vedação à apropriação das despesas de ágio decorrente de operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico. Como se sabe, a questão do ágio interno é matéria já discutida em diversas oportunidades pela doutrina e jurisprudência tributárias, sendo certo que existem posicionamentos divergentes. No entanto, até mesmo o posicionamento do CARF mais desfavorável aos contribuintes reconhece a inexistência de vedação legal de apropriação do ágio à luz do art. 386 do RIR/99. Tal vedação surgiu apenas com o advento do art. 22 da Lei nº 12.973/14, dispositivo este que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2015 (art. 119 da Lei). Nesse sentido, a Impugnante colaciona trechos do voto condutor (transcreve) de um acórdão desfavorável ao contribuinte, mas cujos fundamentos demonstram que, mesmo de acordo com esse entendimento, o ágio apropriado pela Impugnante no presente caso seria válido. O que importa, seguindo a linha do julgado citado, é que haja efetiva transferência patrimonial, da investidora para a investida, de quantia superior à proporção do patrimônio líquido adquirido. No presente caso, reitera-se, houve o efetivo desembolso de dinheiro, sendo que parte foi aportada diretamente na investida e parte foi entregue aos seus proprietários. Portanto, sob qualquer ótica que se analise a questão, não se justifica a glosa das despesas com ágio apropriadas pela Impugnante. Relembre-se, também, que a glosa da apropriação das despesas com ágio, neste caso, não gerou sequer valores tributários (IRPJ e CSLL) a serem recolhidos pela Impugnante, mas tão somente a redução de seu prejuízo fiscal acumulado. A consequência imputada no auto, de simplesmente reduzir a reserva de prejuízos, sem lançar qualquer tributo em decorrência do ágio, demonstra que, ao fim e ao cabo, o Sr. Fiscal deve ter tido ciência de que a questão do ágio era somente uma "cortina de fumaça" atrás da qual, sem sucesso, aquele tentou fazer nascer as figuras do dolo e da fraude. II. d) Da inaplicabilidade da trava de trinta por cento ao presente caso – incorporação do Gimenes S.A. Consolidada a aquisição do Gimenes, passados anos sem atingir os

DOCUMENTO VALIDADO

resultados almejados, a empresa deparou-se com situação econômica bastante delicada e encontrou no instituto da recuperação judicial a possibilidade de sanar as suas dívidas. Em 2009, com a aprovação de seu plano de recuperação judicial, teve uma redução significativa em suas dívidas em razão do desconto concedido no âmbito da recuperação judicial ("haircut"), resultando em um lucro líquido de R$65.997.198,36 (sessenta e cinco milhões, novecentos e noventa e sete mil, cento e noventa e oito reais e trinta e seis centavos) neste exercício. Esse lucro foi integralmente compensado com o prejuízo fiscal acumulado do Gimenes S.A., que totalizava R$66.963.375,29 (sessenta e seis milhões, novecentos e sessenta e três mil, trezentos e setenta e cinco reais e vinte e nove centavos). O fiscal sustenta que a Impugnante cometeu fraude ao realizar a incorporação do Gimenes S.A. no mesmo exercício do desconto e, em sequência, compensar a integralidade do lucro líquido apurado naquele exercício com seu prejuízo fiscal acumulado. De acordo com o raciocínio do Agente Fiscal, a incorporação e a utilização do prejuízo fiscal seriam o ato final de uma operação estruturada em sequência, cujo primeiro ato teria sido o acordo realizado entre o Gimenes Ltda. e o FIPGG para aquisição do acervo patrimonial da rede de supermercados. Ocorre que esta narrativa dos fatos, data vênia, carece de fundamento lógico. Como já dito, não há nenhuma razão econômica para realizar um "planejamento fiscal" que implique no desembolso de uma quantia quatro vezes superior à economia tributária obtida. Vale notar que todo o prejuízo compensado se originou da própria atividade do Gimenes S.A. entre os anos de 2006 e 2008, vale dizer, após a aquisição da rede de supermercados pela Impugnante. Ou seja, nem mesmo se poderia alegar que a Impugnante adquiriu uma empresa com prejuízos acumulados já planejando utilizá-lo de forma indevida. Na verdade, o que ocorreu foi que o grande insucesso do investimento realizado acarretou a necessidade de uma série de medidas objetivando viabilizar a recuperação econômica do Gimenes S.A. e o pagamento de seus credores, medidas estas detalhadas no plano de recuperação judicial (Doc. 15, já citado), entre as quais estava a incorporação. Nesse sentido, transcreve os itens "D", "F" e "G" do preâmbulo do protocolo e justificação da incorporação do Supermercado Gimenes S.A. (Doc. 21, já citado). Como se nota, a incorporação era uma medida prevista no próprio plano de recuperação judicial homologado pelo juízo competente e não um ato de planejamento tributário abusivo antevisto em 2006. Em razão da incorporação, o Gimenes S.A. levantou seu balanço de encerramento, no qual apurou lucro líquido inferior ao seu prejuízo total acumulado e procedeu à compensação integral, tendo em vista a inaplicabilidade da trava de trinta por cento no exercício em que a pessoa jurídica é extinta. Ressalta-se que o Agente Fiscal se limitou a mencionar que a compensação integral dos prejuízos fiscais pelo Gimenes S.A. violou o art. 510 do RIR/99 e tinha por objetivo contornar a proibição do art. 514 (transcreve). Em relação ao art. 514, a improcedência do argumento fazendário é verificável de plano. Em nenhum momento pretendeu a Impugnante (incorporadora) compensar seus próprios lucros com prejuízos fiscais gerados no Gimenes S.A (incorporado). Como já explanado, todo o prejuízo utilizado para compensar o

DOCUMENTO VALIDADO

lucro líquido do exercício de 2009 do Gimenes S.A. foi gerado no próprio Gimenes S.A. entre 2006 e 2008. Quanto ao art. 510, a fiscalização não observou a inaplicabilidade da trava de trinta por cento prevista em tal dispositivo nas hipóteses de extinção da pessoa jurídica por incorporação. Explica-se. Da leitura conjunta dos arts. 42 da Lei nº 8.981/95, 15 da Lei nº 9.065/95, 250, III, e 510 do RIR/99, para o IRPJ, e arts. 58 da Lei nº 8.981/95 e 16 da Lei nº 9.065/95 para a CSLL, extrai-se que a compensação do prejuízo fiscal de IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL integra a técnica de apuração desses tributos e constitui direito dos contribuintes. Ao criar a trava de trinta por cento, as leis mencionadas instituíram tão somente uma limitação temporal para o aproveitamento desses benefícios fiscais, sem afastar o direito dos contribuintes de utilizá-los em sua integralidade. Tanto é assim que a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 998/95, posteriormente convertida na Lei nº 9.065/95, deixou expresso que a trava de trinta por cento não retiraria do contribuinte o direito à compensação integral de seu prejuízo fiscal acumulado: "Arts. 15 e 16 do Projeto: (...) A limitação de 30% garante uma parcela expressiva da arrecadação, sem retirar do contribuinte o direito de compensar, até integralmente, num mesmo ano, se essa compensação não ultrapassar o valor do resultado positivo" (grifo nosso) A aplicação da trava pressupõe a continuidade da empresa no tempo, pois, caso contrário, haveria o indevido afastamento do direito ao aproveitamento do benefício fiscal, dada a impossibilidade de auferir lucros após a incorporação e, ainda, a vedação legal de utilização de tal prejuízo pela incorporadora. Ressalta-se, por oportuno, que a sistemática de compensação de prejuízo fiscal de IRPJ e base de cálculo negativa de CSLL, muito embora seja considerada benefício fiscal pela Suprema Corte, não se enquadra em nenhum dos incisos do art. 111 do CTN, de modo que suas disposições não devem ser interpretadas restritivamente, e sim teleologicamente. A Impugnante destaca ainda que, em 2009 (ano da incorporação), a jurisprudência do CARF era amplamente favorável à tese da inaplicabilidade da trava de trinta por cento na compensação do lucro líquido apurado no balanço de encerramento da pessoa jurídica (transcreve ementas do Acórdão nº 1201-00.108 – Processo nº 16327.000481/2008-76 – 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Antônio Bezerra Neto, sessão de 18/06/2009 –, neste sentido). O procedimento realizado pelo Gimenes S.A., que à época da incorporação era aceito pela Receita Federal, posteriormente foi rediscutido no CARF e atualmente é matéria controversa. Contudo, a jurisprudência continua sendo majoritariamente favorável à inaplicabilidade da trava nos casos de extinção da pessoa jurídica (transcreve ementa do Acórdão nº 1103-001.129 – Processo nº 16561.720100/2012-82 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, Rel. Cons. André Mendes de Moura, Rel. p/ Acórdão Cons. Aloysio José Percínio da Silva, sessão de 22/10/2014 e excertos do voto vencedor, quanto à interpretação teleológica dos dispositivos em debate). Assim, mostra-se improcedente o lançamento impugnado também em relação a este aspecto, tendo em vista a inaplicabilidade da trava de trinta por cento no caso concreto da Impugnante. Porém, caso ainda assim se decida manter o lançamento quanto a este ponto, o

DOCUMENTO VALIDADO

que não se acredita, a Impugnante requer ao menos seja excluída a imposição de multa de ofício, a cobrança de juros de mora e atualização monetária do valor do tributo, em observância ao parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional (transcreve): Subsidiariamente, na hipótese de se entender pela inaplicabilidade do dispositivo acima, a Impugnante pleiteia pela redução da multa de ofício para 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do principal. Isso porque a conduta da Impugnante foi baseada em entendimento pacífico adotado pela Administração Tributária à época da incorporação, sendo impossível falar-se em fraude apta a ensejar a multa qualificada imposta pelo fiscal. Por fim, na remota hipótese de ser mantida qualquer penalidade, a Impugnante, desde já, manifesta sua insurgência contra eventual pretensão fazendária no sentido de fazer incidir juros de mora (Selic) sobre o valor da multa de ofício, uma vez que o caput do art. 161 do CTN prevê apenas a incidência de juros sobre o valor do crédito tributário principal, excluindo as penalidades de tal acréscimo. III – DAS CONCLUSÕES Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que: (i) Os débitos de IRPJ e CSLL lançados na presente autuação foram integralmente fulminados pela decadência, quer seja o prazo decadencial contado pelo art. 150, § 4º, do CTN, quer seja contado pelo art. 173, I. Isso porque o fato gerador referente à inaplicabilidade da trava de 30% – infração que originou o saldo a pagar efetivamente lançado – ocorreu em 31.08.2009, data da incorporação do Supermercado Gimenes S.A. pela Impugnante. Assim, mesmo na interpretação mais favorável ao Fisco (art. 173, I, do CTN), o dies ad quem do lustro decadencial seria 1º de janeiro de 2015, mais de 11 (onze) meses anteriormente ao recebimento, pela Impugnante, da notificação acerca da lavratura do auto de infração; (si) Os procedimentos societários, contábeis e fiscais adotados para a aquisição da rede de supermercados Gimenes pela Impugnante atenderam a todos os requisitos legais e todos os valores envolvidos foram baseados em laudos elaborados por empresas independentes e de sólida reputação; (III) Tais procedimentos, descritos pelo Sr. Agente Fiscal como “planejamento tributário abusivo”, na verdade evidenciam a estruturação de um investimento, conforme costumes empresariais amplamente aceitos no país, objetivando única e exclusivamente obter a melhor governança corporativa possível e melhor atender aos interesses de todos os envolvidos, inclusive do Fisco; (IV) O ágio gerado na aquisição do Gimenes S.A. pela Impugnante originou-se de pagamento efetuado a terceiros (Super Holding Gimenes Ltda. e seus proprietários) e foi respaldado por laudo de avaliação elaborado por empresa independente. Ainda que se entenda que a operação envolveu ágio interno, os fatos discutidos neste auto de infração ocorreram muitos anos antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, sendo que o ágio interno era aceito pela legislação vigente à época. No mais, observa-se que a glosa do ágio não resultou em nenhum saldo a pagar, mas tão somente na redução do prejuízo fiscal acumulado da Impugnante; (v) A existência das dívidas que originaram o ágio apurado quando do resgate, pelo Gimenes S.A., de suas ações pertencentes ao Gimenes Ltda., foi devidamente comprovada por documentos apresentados pela Impugnante na presente oportunidade. Além

DOCUMENTO VALIDADO

disso, em observância ao art. 442 do RIR/99, tal ágio jamais foi aproveitado pelo Gimenes S.A. para fins fiscais; (vi) A compensação integral, pelo Gimenes S.A., do lucro líquido do exercício de 2009 com seus prejuízos fiscais acumulados se deu com estrita observância ao ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, conforme reiterada jurisprudência do CARF, a trava de 30% prevista no art. 510 do RIR/99 é inaplicável no exercício em que a pessoa jurídica é extinta por incorporação, como ocorreu no presente caso; (vi) Não há que se falar em "operações estruturadas em sequência" com o objetivo de fraudar o Fisco. A recuperação judicial ocorreu mais de três anos após a aquisição do Gimenes S.A. pela Impugnante. O que ocorreu foi que um grande insucesso do investimento realizado, que acarretou a necessidade de uma série de medidas, objetivando viabilizar a recuperação econômica do Gimenes S.A. e o pagamento de suas dívidas com credores. Tais medidas levaram ao encerramento, por sentença, da recuperação judicial pelo cumprimento de todas as obrigações previstas no plano; (via) Na remota hipótese de ser mantido o lançamento, deverá ao menos ser excluída a imposição de multa de ofício, a cobrança de juros de mora e atualização monetária do valor do tributo, em observância ao parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional, ou reduzida a multa de ofício para 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do débito, tendo em vista a inexistência de fraude a justificar a qualificação da multa de ofício. IV – DO PEDIDO Diante do que foi exposto e dos documentos acostados à presente peça, requer a impugnante que seja cancelado integralmente o auto de infração em razão (i) da evidente aplicação do instituto da decadência; (si) da inexistência de realização de fraude por quaisquer sujeitos passivos indicados na autuação; (III) da improcedência da glosa das despesas de ágio apropriadas e (IV) da inaplicabilidade da trava de trinta por cento do lucro líquido à compensação de prejuízos realizada no caso concreto. Subsidiariamente, caso assim não entenda Vossa Senhoria, o que se admite a título meramente argumentativo, requer sejam ao menos excluídos a multa de 150% (cento e cinquenta por cento), os juros de mora e a atualização monetária, nos termos do parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional, tendo em vista a demonstração da inexistência de fraude apta a justificar a qualificação das penalidades aplicadas, afastando-se ainda a incidência posterior de juros de mora sobre o valor da multa de ofício. Por fim, esclarece a Impugnante que se encontra com seu estabelecimento à disposição para eventuais verificações documentais e fiscais. O Sr. Antônio Kandir apresentou impugnação ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, oferecendo as razões de fato e de direito expostas às fls. 10.350/10.393 sintetizadas a seguir: Após fazer uma síntese da autuação, afirma que as acusações feitas pela Fiscalização mostram-se totalmente infundadas, na medida em que não há qualquer fundamento para a responsabilização do Impugnante pelos débitos da Autuada, (i) seja porque, à toda evidência, o impugnante não agiu em contrariedade à lei ou com excesso de poderes (art. 135, III, do CTN; (i) seja porque não há o que se falar em interesse comum entre o Impugnante e a Autuada, por não estarem no mesmo pólo de uma relação jurídico tributaria (art. 124, I, do CTN. Acrescenta que, ainda por cima, os fatos geradores da autuação se

DOCUMENTO VALIDADO

encontram fulminados pela decadência. Detalha todas essas razões ao longo da sua impugnação e conclui, em resumo, que: (i) É incabível a atribuição da responsabilidade ao Impugnante com fundamento no art. 124, I, do CTN, na medida em que não existe interesse comum, juridicamente qualificado, entre este e a Autuada; (si) Não tem fundamento a responsabilização do Impugnante com fundamento no art. 135, III, do CTN, na medida em que não foi comprovada a prática, por ele, de qualquer ato em contrariedade à lei ou com excesso de poderes; (III) Ainda que assim não fosse, operou-se a decadência do direito do fisco de lançar tributos relativamente ao fato gerador ocorrido em agosto/2009, data da incorporação do Gimenes S/A pela Autuada, quer a contagem do prazo decadencial seja feito nos moldes do art. 150, par. 4o do CTN, quer seja utilizado, como termo inicial, a data prevista no art. 173, I, do CTN; (IV) A Fiscalização incorreu em inúmeros equívocos no que pertine à participação do Impugnante nas operações societárias relacionadas ao investimento do FIPGG no Gimenes S/A, ocorridas ao longo de mais de 3 anos, na medida em que o Impugnante, ao contrário do alegado inúmeras vezes, nunca foi sócio, acionista, cotista ou diretor do FIPGG; (v) O Impugnante não tinha poderes para tomar decisões, de forma isolada ou majoritária, em nome do FIPGG. As decisões envolvendo o investimento do FIPGG no Gimenes S/A foram aprovadas pela maioria qualificada de um órgão colegiado (Comitê de Investimentos), do qual o Impugnante era parte integrante com direito a 1 voto entre 9 componentes. A concretização do investimento contou com a participação do FIPGG e dos acionistas do Supermercado Gimenes Ltda. Ademais, os fatos relacionados ao Gimenes S/A, no que tange ao seu pedido de recuperação judicial, foram praticados por diversos participantes, distintos do Impugnante: os credores da empresa, que aprovaram o plano de recuperação judicial; o juiz que homologou o plano de recuperação judicial; os adquirentes do acervo patrimonial (os Grupos Carrefour e Ricoy - Nações Unidas); e outros acionistas do Gimenes S/A, que aprovaram a incorporação da sociedade pela Autuada. Desse modo, não são admissíveis as alegações da Fiscalização no sentido de que o Impugnante seria o único idealizador e executor de todos os atos praticados; (vi) Todos os atos praticados foram lícitos e ocorreram de fato e de direito, estando espelhados nos registros públicos e demais documentos apresentados à Fiscalização, razão pela qual não há que se falar em fraude e, por conseguinte, improcede a aplicação da multa qualificada ao caso concreto, nos termos do artigo 112 do CTN; (vi) De qualquer maneira, o Impugnante não poderia, nem mesmo em tese, ser responsabilizado pelos débitos lançados contra a Autuada, seja porque não houve a constituição de créditos tributários relativamente à amortização do ágio (houve apenas a glosa de prejuízos fiscais), seja porque o direito à compensação integral de prejuízos no momento do encerramento da pessoa jurídica por incorporação era reconhecido de forma pacífica pelo CARF na época dos fatos (agosto/2009), afastando-se a acusação de dolo. Diante do exposto, pede e espera o Impugnante sejam acolhidas as razões expostas e cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, uma vez que inaplicáveis os fundamentos utilizados pela Fiscalização para

DOCUMENTO VALIDADO

atribuição da responsabilidade solidária, além de já ter se operado a decadência do direito do fisco de constituir quaisquer créditos tributários relativamente aos fatos geradores objeto da autuação. INVESTIDORES INSTITUCIONAIS II – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, por seus procuradores devidamente constituídos, também apresentou, às fls. 10.784/10.820, impugnação aos Autos de Infração, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir resumidas: Preliminarmente, o Impugnante não é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente autuação, carecendo de fundamentos a alegação de responsabilidade solidária em relação aos supostos débitos perquiridos pela D. Fiscalização. Além da cobrança em comento ser insubsistente em seu mérito, não podendo prosperar pelas razões a serem delineadas em tópico próprio, tem-se que, não pode subsistir a imputação da responsabilidade solidária atribuída ao Impugnante. Nos termos do que se depreende da leitura do Termo de Conclusão Fiscal dos presentes autos, a D. Fiscalização houve por imputar ao Impugnante a responsabilidade solidária unicamente por ser sócio "de fato" da SUPERLOG, o que, segundo a D. Fiscalização caracterizaria o interesse comum na situação do fato gerador da obrigação tributária nos termos do art. 124, I, do CTN. Ocorre que o Impugnante, enquanto Fundo de Investimento em Participações, jamais poderia, até mesmo por sua natureza jurídica, ser considerado responsável solidário das supostas infrações perpetradas pela SUPERLOG. Conforme se depreende dos arts. 1º e 2º do Regulamento do Impugnante (Doc. 01), ele foi constituído sob a forma de condomínio fechado e tem por objetivo a realização de investimentos na aquisição de participações societárias que permitam controlar ou participar do controle de empresas brasileiras com boa perspectiva de lucro e rentabilidade, com a finalidade de proporcionar aos seus cotistas o melhor retorno de seus investimentos. O Impugnante consiste unicamente em uma comunhão de bens, ativos, receitas e congêneres afetados para uma finalidade específica, isto é, para servir de um mero instrumento de otimização da administração financeira. Assim, tem-se que os Fundos de Investimento, a exemplo dos Fundos de Investimento em Participações, sequer detêm personalidade jurídica, ou seja, sequer têm condições de titularizar direitos e obrigações não podendo, portanto, ser responsabilizados por suposta infração tributária cometida por pessoa jurídica da qual possui participação acionária. Com efeito, o fundo de investimento é mera comunhão de recursos, sem patrimônio próprio, sendo uma projeção da propriedade individual, ou seja, sem estrutura societária adequada para a assunção e titularidade de direitos e obrigações. Tal assertiva já foi inclusive reconhecida pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ("PGFN"), que, em seu Parecer PGFN n° 1396/2011 (transcreve)assim esclareceu: Como não poderia deixar de ser, não dispõe de outra maneira a própria Instrução Normativa da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") – Instrução Normativa n° 391/2003 - que regulamenta os Fundos de Investimento em Participações, ao conceituá-los em seu art. 2º, (transcreve). Os fundos, desde sua conceituação legal, são mero aporte, comunhão de recursos destinados à otimização da gestão das aplicações financeiras de um grupo econômico - mas

DOCUMENTO VALIDADO

nunca pessoa jurídica apta a titularizar direitos e obrigações, menos ainda a ser responsabilizada pelas obrigações das empresas das quais possui participação acionária. Ora, se a responsabilidade solidária pressupõe a necessidade de existência de direitos e deveres iguais entre as partes envolvidas, como poderia um Fundo de Investimento, instituição societária inapta à assunção de direitos e obrigações dada a ausência de personalidade jurídica independente, ser responsabilizado? A impossibilidade de imputar responsabilidade tributária ao Fundo de Investimento em Participações dada a sua natureza jurídica de mera comunhão de recursos já foi enfrentada pelas Cortes Judiciais (transcreve ementa de julgamento do TRF 3). Consoante esclarecido pelo julgado ora colacionado, o Fundo de Investimento em Participação se caracteriza como uma instituição criada para o atendimento do interesse dos investidores, não possuindo sequer estrutura para ser responsável pela obrigação tributária que se pretende imputar. Assim, a mera natureza jurídica de Fundo de Investimento do Impugnante já é suficiente para exclusão da responsabilidade tributária que ora se pretende imputar. Prossegue o impugnante INVESTIDORES INSTITUCIONAIS II – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, enfrentando as infrações fiscais e respectivas penalidades imputadas à empresa Superlog Logística S/A, seguindo a mesma linha daqueles argumentos de fato e de direito oferecidos na impugnação apresentada pela Superlog Logistics Ltda., já relatados. Diante do exposto, o Impugnante requer e espera sejam acolhidos os seus argumentos para que seja excluído do pólo passivo da presente demanda, seja pela sua natureza de fundo de investimento, seja porque não há base jurídica para se sustentar a existência de interesse comum entre o Impugnante e a SUPERLOG que autorizasse a sua responsabilização. Apenas a título de argumentação, caso superado tal argumento, aduz que, há de se reconhecer que os créditos perquiridos pelo presente Auto de Infração encontram-se fulminados pela decadência, quer quando analisados sob a ótica do art. 150, § 4º do CTN, quer quando analisados sob a ótica do art. 173, I do CTN. Igualmente, requer o Impugnante seja reconhecida a total ausência de fraude na reorganização societária em comento, haja vista que: (i) a utilização de empresas investidas para a consecução de investimentos em outras sociedades por fundos de investimentos, além de ser procedimento de praxe, é amplamente permitida pela legislação vigente, (si) os valores entendidos pela D. Fiscalização como números forjados correspondem a valores transferidos no resgate de ações, (III) as partes envolvidas na operação não são relacionadas e (IV) é plenamente legítimo o aproveitamento integral dos prejuízos fiscais na incorporação. Subsidiariamente, na remota hipótese de prevalecer a autuação ora combatida, requer-se: (i) seja reduzido o percentual da multa constante do art. 44 da Lei n° 9.430/96 de 150% para 75%, nos termos do seu inc. I, ante a ausência de dolo, fraude ou simulação que autorizaria a aplicação de seu percentual majorado constante do § 1º do referido dispositivo legal; e (si) afastados os juros de mora correspondentes à taxa SELIC sobre a multa de ofício em face da ilegalidade e abusividade do cálculo desse modo. Requer, por fim, que

DOCUMENTO VALIDADO

todas as intimações e/ou comunicações referentes aos presentes autos sejam feitas e remetidas em nome do Impugnante.

Apreciados a impugnação, foi o voto por julgar procedente em parte as impugnações, para reconhecer a decadência do crédito tributário lançado e afastar as respectivas responsabilidades passivas solidárias atribuídas ao Fundo de Investimentos em Participações e Gestão – FIPGG, atualmente Investidores Institucionais II – Fundo de Investimento FIP, e ao seu diretor presidente, Sr. Antônio Kandir, mantendo-se a redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL, apurados em 31/12/2009, de R$49.206.236,97 para R$12.872.392,40.

Houve recurso de ofício ao CARF, em face de o crédito tributário exonerado estar acima do limite de alçada fixado no art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972

Ciente do Acórdão, interpuseram Recurso Voluntário aa devedora principal interpôs recurso voluntário para reformar parcialmente a r. decisão recorrida, de modo a afastar a determinação de redução dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, julgando, assim, integralmente improcedente o auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin**, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Do Recurso de Ofício.

O lançamento em debate foi constituído com o escopo de (i) cobrar créditos tributários no valor total de R$ 47.604.616,96 relativos a Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (" IRPJ") e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ("CSLL") do ano-calendário de 2009, decorrentes de fatos geradores praticados pela Recorrente e pelo seu sucedido Supermercado Gimenes S.A. ("Gimenes S.A.") e (si) glosar prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no valor de R$ 36.333.843,87.

No que diz respeito a primeira acusação, aplicou-se, ainda, multa qualificada de 150% sobre os valores dos tributos, mediante o fundamento da Fiscalização de que as operações estruturadas em sequência tiveram como objetivo lesar o Fisco, configurando-se, portanto, atos fraudulentos a serem combatidos fiscal e criminalmente. Em face desta autuação, foi atribuída responsabilidade tributária aos solidários: Antônio Kandir e FIPGG.

DOCUMENTO VALIDADO

A decisão recorrida acatou a alegação da Contribuinte que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos a lançamento por homologação e, por não vislumbrarem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação na compensação integral do prejuízo fiscal do Gimenes S/A sem considerar a limitação descrita no art. 510 do RIR/1999, em razão da sua incorporação pela contribuinte, entendem que tal situação comportaria a aplicação do prazo decadencial de 5 anos contados a partir do fato gerador, nos termos do que dispõe o art. 150, § 4º, do CTN, e, portanto, o crédito tributário estaria definitivamente extinto pela decadência em 31/08/2014, mais de um ano antes da ciência dos Autos de Infração, ocorrida em 14/12/2015. Aduzem, ainda, que mesmo se houvesse qualquer dolo, fraude ou simulação, o crédito tributário exigido estaria fulminado pela decadência, também nos termos do art. 173, I, do CTN, pois, considerando-se 1º de janeiro de 2010 o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado", e o prazo decadencial estaria encerrado em 01/01/2015.

Diante da constatação da decadência, o acórdão de piso consignou:

> Cumpre observar que, não obstante a existência de entendimentos diferenciados a respeito da contagem do prazo decadencial, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, visando à adequação e ao cumprimento da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, expediu, em 1º de agosto de 2008, o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, que assim dispôs, pontualmente, nas letras "d" e "e" de seu epílogo:
>
> (...); d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
>
> e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN; (...).
>
> f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;
>
> Por sua vez, o Ministro de Estado da Fazenda, à época, por intermédio de Despacho exarado em 18/08/2008, aprovou o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, cujas orientações devem ser observadas pela RFB.
>
> Dessa forma, preliminarmente, sem que haja necessidade de adentrar nº mérito da discussão acerca da ocorrência, ou não, de dolo, fraude ou simulação, na prática da infração relativa à compensação indevida de prejuízo fiscal, com fato gerador em 31/08/2009 e, também, sem a necessidade de verificar ter havido, ou não, pagamento, há de se reconhecer que, na data da constituição do respectivo crédito tributário – 14/12/2015 – já haviam transcorrido, tanto o prazo decadencial obtido pela regra contida no art. 150, § 4º, cujo término seria 31/08/2014, quanto aquele calculado de acordo com o previsto no art. 173, I, do CTN, mais desfavorável aos impugnantes, cujo termo final seria 31/12/2014.

DOCUMENTO VALIDADO

> Por conseguinte, deixa-se de analisar os argumentos oferecidos pelo senhor Antônio Kandir e pelo Fundo de Investimento em Participações (FIPGG), atinentes à contestação da responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído nos Autos de Infração em questão, que lhes foi imputada, por perda de objeto, em face do reconhecimento da decadência do referido lançamento.

Quanto ao trecho, adoto o voto da decisão recorrida por seus bons e próprios fundamentos.

Assim, considerada a faculdade garantida ao julgador pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF, relativamente às preliminares arguidas no recurso, bem ao mérito, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício.

Do Recurso Voluntario.

No tocante à parcela mantida do auto de infração, a r. decisão recorrida concluiu que as operações societárias realizadas entre a Recorrente, o FIPGG, o Gimenes S.A. e o Supermercado Gimenes Ltda. ("Gimenes Ltda.") – atual Super Holding Gimenes Ltda., pertencente ao Sr. Antônio Gimenes – careceram de propósito negocial e configuraram fraude fiscal, na medida em que tiveram "o objetivo final de chegar ao mesmo ponto que seria obtido com a aquisição direta do Supermercado Gimenes pelo FIPGG, obtendo, adicionalmente, a diminuição da carga tributária".

A partir dessa dedução, a Turma de Julgamento a quo concluiu pela ausência de substância do ágio amortizado pela Recorrente, resultando em sua dedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Mérito:

No que diz respeito a determinação de redução dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, face ao não reconhecimento da materialidade do ágio gerado, julgador *a quo*, detalhou suas razões de decidir com base nos seguintes fundamentos:

Veja-se:

> No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação. Uma operação estruturada como a que ora está sendo examinada indica a existência de objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única, senão vejamos.
>
> A cronologia dos fatos trazidos aos autos pela fiscalização demonstra, claramente, que a reorganização societária implementada foi estruturada em sequência, e teve o objetivo final de chegar ao mesmo ponto que seria obtido com a aquisição direta do Supermercado Gimenes pelo FIPGG, obtendo, adicionalmente, a

DOCUMENTO VALIDADO

diminuição da carga tributária, pois mesmo sem gerar imposto a pagar no ano-calendário de 2009, a dedução de amortização de ágio implicou aumento dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, passíveis de compensação e consequente redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos exercícios futuros.

O planejamento tributário abusivo apontado pela Fiscalização teve início e está delineado na Proposta Vinculada de Investimento feita pelo Fundo de Investimento em Participações Governança e Gestão (FIPGG) aos sócios do Supermercado Gimenes Ltda. Para a aquisição do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, assinada em 12 de janeiro de 2006, pelo senhor Antônio Kandir (pela parte do FIPGG) e pelo senhor Antônio João Gimenes e demais sócios do Supermercado Gimenes Ltda. Tal documento encontra-se às fls. 636 a 646, ressaltando-se que somente o senhor Antônio João Gimenes apresentou-o à Fiscalização.

Vale transcrever algumas informações registradas pela Fiscalização extraídas da referida proposta e do depoimento do senhor Antônio João Gimenes e corroboradas pela documentação que instrui os autos:

– Que esta proposta substitui e revoga as anteriores;

QUANTO À AQUISIÇÃO – que está disposto a adquirir a totalidade do capital social de uma nova sociedade "NEWCO" – que veio chamar-se de SUPERMERCADOS GIMENES S/A;

– Que deverá ser detentora do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda;

– Que a FIPGG pagará o preço de R$ 100 milhões de reais e descontará a dívida líquida do Gimenes, obtida mediante a aplicação da seguinte fórmula:

(+) caixa, bancos e aplicações financeiras (+) contas a receber (+) estoques (-) fornecedores (-) empréstimos e financiamentos (exceto o valor devido a Cetelem – R$ 5 milhões) (-) obrigações tributárias (-) obrigações sociais (-) PAES (valor presente líquido) (-) Dívida com sócios (=) Dívida Líquida da Empresa – que o ajuste acima será apurado com data base de 28 de fevereiro de 2006;

– que o montante acima será pago em duas partes, sendo a primeira em ações, e a segunda em moeda corrente nacional; a parte em ações será de 16,5% do capital social da NEWCO –"SUPERMERCADOS GIMENES S/A", DE ACORDO COM O SEU VALOR APÓS O APORTE FINANCEIRO DE R$ 42.000.000,00 A SER REALIZADO NA NEWCO – "SUPERMERCADO GIMENES S/A" pelo FIPGG; – que a parte em moeda nacional será paga em 4 parcelas: sendo R$ 6 milhões na data da conclusão do negócio, R$ 4 milhões após 1 ano contado do pagamento da primeira parcela, 3 milhões em 31 de janeiro de 2009 e o saldo residual, por ocasião da venda pelo FIPGG de sua participação societária na NEWCO – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A" a terceiros; QUANTO À ESTRUTURA SOCIETÁRIA DO INVESTIMENTO – que o investimento objeto do presente documento será ESTRUTURADO SOCIETARIAMENTE DA FORMA MAIS ADEQUADA

DOCUMENTO VALIDADO

PARA AMBAS AS PARTES, INCLUSIVE DO PONTO DE VISTA TRIBUTÁRIO, RESPEITANDOSE OS PRINCÍPIOS GERAIS ORA ESTABELECIDOS;

– Que desde já estabelecido que, INDEPENDENTEMENTE DA ESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA ACIMA MENCIONADA, SERÁ FACULTADO AO FIPGG, DE ACORDO COM O SEU ÚNICO E EXCLUSIVO CRITÉRIO, REALIZAR O INVESTIMENTO OBJETO DA PRESENTE PROPOSTA POR INTERMÉDIO DE UMA SOCIEDADE VEÍCULO ESPECIALMENTE CONSTITUÍDA OU ADQUIRIDA PARA ESSE FIM;

QUANTO A CONDIÇÕES DO INVESTIMENTO GOVERNANÇA CORPORATIVA – que a NewCo – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A", ou sua controladora dependendo da estruturação societária determinada na formalização da aquisição, neste caso foi criada outra empresa veículo HOLDING GG1 PARTICIPAÇÕES LTDA que se transformou na SUPERLOG LOGISTICA S/A empresa FISCALIZADA, deverá constituir um conselho de administração, composto por 4 membros, sendo 3 deles indicados pelo FIPGG;

PERÍODO DE TRANSIÇÃO – que a NewCo – "SUPERMERCADOS GIMENES S/A" dará apoio gerencial para o Sr. Antônio João Gimenes durante o período de cinco meses;

ASSINATURA DA PROPOSTA VINCULADA – que o Sr. Antônio Kandir assinou a proposta na condição de sócio proprietário da "FIPGG", na época principal acionista da Holding GG1 Participações Ltda (empresa fiscalizada) e que possuía 83,5% das participações do capital social da Supermercado Gimenes S/A.

– Que a denominação NEWCO abreviação de NOVA COMPANHIA é a EMPRESA SUPERMERCADOS GIMENES S/A, conforme comprovado pelo processo trabalhista item XX, explicitado pela VEIRANO ADVOGADOS que prestava serviços para a FIPGG, em especial o Sr. Antônio Kandir;

– Que seria utilizado de artifícios visando uma FORMA MAIS ADEQUADA PARA AMBAS AS PARTES, como a criação de empresa veículo e a forjação de um ágio no valor de R$ 42 milhões que na realidade nunca existiu. O que foi efetuado foi apenas um APORTE FINANCEIRO numa empresa criada única e exclusivamente para essa finalidade CUJO CONTROLE TOTAL ERA DO GRUPO HOLDING GG1, em especial o Sr. Antônio Kandir;

– Que de fato o único responsável de fato da FISCALIZADA HOLDING GG1 é o Sr. Antônio Kandir.

Da análise da referida Proposta Vinculada de Investimento, dos demais atos societários que documentaram a reorganização societária e documentos outros trazidos aos autos pela fiscalização, vê-se que o real negócio é entre FIPGG e o Supermercado Gimenes Ltda. e que tanto o Supermercados Gimenes S.A. quanto a Holding GG1 Participações Ltda., que se transformou na Superlog Logística S.A. (impugnante), são empresas veículos criadas para possibilitar a geração do suposto ágio e o posterior evento de incorporação de modo a criar artificialmente os requisitos para o enquadramento dos negócios jurídicos aos termos do art. 7º

DOCUMENTO VALIDADO

da Lei nº 9.532 de 1997, permitindo a dedução do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao passo que se isso não ocorresse ao final o FIPGG continuaria com o investimento nº Supermercado Gimenes S.A avaliado pelo MEP.

As operações realizadas permitem inferir que o resultado foi pactuado entre o FIPGG e a Família Gimenes, na Proposta Vinculada, na qual o Sr. Antônio Kandir apresentou uma série de condicionantes e combinaram uma sequência de operações que permitiriam a dedução de suposto ágio.

Isto foi conseguido alterando formalmente o objeto da compra e venda por meio da interposição de duas empresas "veículo" (Supermercados Gimenes S.A e Holding GG1 Participações Ltda), sendo que, por óbvio, uma seria extinta ao final das operações, pois sua interposição temporária objetivou o exclusivo intuito de propiciar o cumprimento apenas formal de um dos requisitos legais à dedutibilidade do ágio que seria contabilizado.

Não é possível aplicar o benefício previsto na Lei nº 9.532, de 1997, para uma situação em que criação do ágio foi feita artificialmente e a confusão patrimonial exigida por lei foi observada apenas de maneira formal, por meio da interposição de empresa veículo, incluída no processo de aquisição do investimento, programada para ser extinta.

Se o dispositivo legal pretendesse inserir em seu campo de incidência tal artificialidade, ele não teria lançado mão de conceitos específicos, tais como "absorver patrimônio de outra participação societária" e "adquirida com ágio". A norma simplesmente teria feito menção que, havendo uma aquisição de participação societária com ágio pautado em sua rentabilidade futura, essa "mais valia" geraria uma despesa dedutível.

Ao contrário, a norma determina que para a concessão da redução fiscal haja a "confusão patrimonial" entre a real investida e a real investidora, pois, só assim haverá a presunção de perda do investimento adquirido. Nesse caso, a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532 de 1997.

As operações entre partes relacionadas, como no presente caso, correspondem à possibilidade de a causa de a operação vir a ser a de apenas se obter algum efeito tributário intragrupo e não uma razão econômica efetiva de mercado. É evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas para criar formalmente uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532 de 1997. Os organogramas societários extraídos das Demonstrações Financeiras apresentadas à Fiscalização, pela impugnante, demonstram claramente que a sequência de operações desencadeadas pelo diretor de todas as sociedades envolvidas (Sr Antônio Kandir)tinha o único interesse de fraudar o fisco.

O aporte de 42 milhões, formalmente feito pela Holding GG1 Participações Ltda. no Supermercados Gimenes S.A, mas que, de fato, foi efetuado pelo FIPGG, que

DOCUMENTO VALIDADO

era quem executava as negociações por seu sócio administrador Antônio Kandir, e que lhe daria o controle do Supermercados Gimenes S.A, é suficiente para evidenciar operações entre o mesmo grupo. A partir do depósito, os antigos sócios do Gimenes Ltda não tinham nenhum poder de decisão na nova sociedade como evidenciam os elementos de prova constantes dos autos, tais como as cartas de notificação de cobrança de ajustes de valores endereçados ao Supermercado Gimenes Ltda, comprovando a não gerência e participação na empresa. Inclusive, na cláusula 13.8 do contrato de subscrições de ações, de 17 de março de 2006, é mencionado que a Gimenes S/A será responsável pela contabilidade e apoio gerencial à Gimenes Ltda. O que de fato comprova que o depósito de 42 milhões foi realizado na própria empresa do grupo da fiscalizada.

O FIPGG desejava adquirir participação societária do Supermercado Gimenes Ltda. No entanto, em vez de simplesmente adquirir tal participação diretamente, optou por aumentar o capital da Holding GG1 Participações Ltda. (empresa veículo constituída para esse fim), que imediatamente adquiriu para si os 83,5% de participação societária de outra empresa veículo (Supermercados Gimenes S.A) criada para receber o acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda, Nessa operação, a GG1 registrou um ágio no valor de R$44.562.000,00 e, após o Supermercados Gimenes S.A alienar o acervo adquirido ao Carrefour e ao Supermercado Nações Unidas, em 2009, com lucro de 67 milhões e com aproveitamento integral do prejuízo fiscal acumulado de 67 milhões, foi incorporado pela Holding GG1 Participações Ltda, que se transformou na atual "Superlog" e passou a deduzir as amortizações de ágio pago sobre a aquisição.

Assim, improcedentes as alegações da contribuinte no sentido de que as operações societárias em tela tiveram finalidades negociais, além da mera redução da incidência tributária e obedeceram a todos os requisitos impostos pela legislação fiscal e contábil, pois a inquestionável realidade é que se o FIPGG adquirisse diretamente a participação de 83,5% no capital do Supermercados Gimenes, não haveria a formação do ágio dedutível, segundo a legislação brasileira.

A realização de uma sequência de operações societárias com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL exorbitou o alegado propósito negocial.

De todo o exposto, conclui-se que o conjunto dessas etapas (criação de ágio em operação envolvendo empresas relacionadas, utilização de empresas veículo e posterior incorporação de uma pela outra) correspondeu, de fato, a uma pluralidade de meios para atingir um único fim: a dedutibilidade do ágio.

Sobre a acusação fiscal acerca das forjações ocorridas nos números apresentados do acervo patrimonial transferido do Supermercados Gimenes Ltda para o Supermercados Gimenes S.A, resultando divergências que influenciaram negativamente o patrimônio líquido daquela empresa e fizeram com que o Supermercados Gimenes Ltda recebesse uma quantia bem inferior àquela

DOCUMENTO VALIDADO

inicialmente acordada, nota-se que, ao contrário do que alega a impugnante, os registros contábeis e fiscais, assim como os documentos apresentados pelo Sr. Antônio Gimenes, em que se fundamenta a Fiscalização, constituem documentos hábeis e idôneos de prova dos fatos relatados. Os argumentos e documentos trazidos na impugnação não são capazes de afastar os indícios, bem assim de desqualificar a prova material carreada aos autos pela Fiscalização, de modo a infirmar a constatação fiscal.

Além de todo o exposto, já suficiente à convicção da indedutibilidade das despesas de amortização de ágio, em discussão, e à consequente manutenção da redução procedida no prejuízo fiscal e na base de cálculo negativa da CSLL, importa registrar, ainda, que não foi observada uma das condições necessárias à dedução futura da amortização do ágio, qual seja: a existência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura do investimento que foi adquirido. Verifica-se que, embora o ágio aqui questionado tenha surgido de uma operação que ocorreu no dia 31/03/2006, e cujo valor já havia sido acordado em 12/01/2006, o laudo que atesta o seu fundamento econômico na rentabilidade futura do Supermercado Gimenes Ltda foi elaborado somente em 26/02/2007 (fls. 543/577). Em face desse aspecto, pode-se afirmar que, ao contrário do que tenta fazer parecer a impugnante, o ágio registrado na Holding GG1 Participações Ltda, atual Superlog, na aquisição do acervo operacional do Supermercado Gimenes Ltda., não apresenta como fundamento econômico de sua criação a rentabilidade futura do investimento que lhe deu origem. No que se refere à exigência de prévio laudo econômico à criação do ágio, o artigo 385 do RIR/1999, o qual repete o disposto no Decreto-Lei nº 1.598 de 1977, prevê que o ágio pago na aquisição de uma participação societária deverá ter fundamento econômico demonstrado por documento escrito, o qual deverá ser arquivado como comprovante da escrituração. Ou seja, ao reconhecer contabilmente o ágio, a empresa que o suportou deverá indicar o documento que embasou o seu fundamento econômico. Em face dessa exigência legal, tem-se então que, antes de pagar um ágio na aquisição de determinada participação societária, deve a empresa que o irá pagar, caso pretenda, no futuro, deduzir esse ágio na incorporação que envolva esse investimento, elaborar um laudo econômico que ateste que a "mais valia" que será paga decorre da rentabilidade futura da participação societária que será adquirida. O laudo, assim, deve anteceder o pagamento do ágio. Sem laudo prévio, não pode o contribuinte embasar o fundamento da "mais valia" por ele paga. Portanto, a anterioridade do laudo econômico não é expressamente prevista em lei, porém decorre de uma estrutura lógica posta a sua materialização. Se a lei exige que o ágio pago seja fundamentado em documento escrito, o qual deve ser, inclusive, registrado na escrituração da empresa, por certo que esse documento deve ser elaborado antes do pagamento do ágio, nunca depois. No caso dos presentes autos, o laudo que atesta o fundamento econômico do ágio registrado pela Holding GG1 Participações Ltda quando da aquisição de participação societária no Supermercado Gimenes S/A foi elaborado posteriormente à data do seu suposto

DOCUMENTO VALIDADO

> pagamento, intempestividade essa que afeta de maneira irrefutável o alegado fundamento econômico da "mais valia" paga, pelo menos para fins de dedução nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.532 de 1997. Dessa forma, depreende-se estar caracterizado o comportamento doloso pelo artificialismo do ágio registrado, com a finalidade única de dar ensejo a amortizações dedutíveis, estando presente o elemento subjetivo na prática do ilícito, ou seja, a intenção de praticar o ato e de produzir o resultado, o que enseja a contagem do prazo decadencial na forma prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN. Assim, verifica-se que a redução do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL, procedida em 14/12/2015, referente a fato gerador ocorrido em 31/12/2009, vencimento em 31/03/2010, se deu dentro do prazo decadencial.

O Recorrente argumenta em seu favor que as negociações efetivamente realizadas entre partes independentes para a constituição de uma companhia que exerceria a atividade de supermercado, mantendo-se ativos e passivos, mediante nova configuração societária, com elevado grau de governança corporativa, em que a Recorrente participaria de 83,5% do capital social e a família Gimenes e José Sarrassini participariam de 16,5% do capital social e que a contabilização do ágio pela Recorrente atendeu a todos os requisitos legais, como se verifica da análise de suas demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2006, auditadas pela Deloitte (Doc. 10 da Impugnação – fls. 11.836/11.846).

E desenvolve sua argumentação no sentido de rechaçar qualquer alegação de que o investimento ocorrido em 2006 e os atos da recuperação judicial tenham sido parte de uma série de operações estruturadas em sequência com o objetivo de lesar o Fisco.

Argumenta que não faz sentido algum, seja do ponto de vista econômico ou mesmo fiscal, que um fundo de investimentos aceite desembolsar mais de R$ 60 milhões com o único objetivo de amargar prejuízos milionários ano após ano para três anos depois, pedir recuperação judicial e ter uma economia fiscal de aproximadamente R$ 15 milhões ao deixar de pagar IRPJ e CSLL sobre o valor do desconto.

E destaca que, apesar do insucesso do investimento, o Gimenes S.A. continuou exercendo suas atividades e, sobretudo, honrando as dívidas e compromissos assumidos desde a época em que o acervo operacional pertencia ao Gimenes Ltda., do Sr. Antônio Gimenes. Note-se que o esforço na condução das operações realizadas e o incremento da governança corporativa viabilizaram o pagamento das dívidas da recuperação judicial e de demais dívidas tributárias e trabalhistas, inexistindo quaisquer atos fraudulentos para gozo de benefícios tributários indevidos

Defende a existência do ágio e seu fundamento econômico, com destaque para os seguintes fatos:

> II.a.1) Os procedimentos adotados para a aquisição da rede de supermercados Gimenes As operações descritas pela decisão recorrida às fls. 12.374/12.400

DOCUMENTO VALIDADO

Original

iniciaram-se no ano de 2006 e tiveram por objetivo a aquisição do acervo operacional do Gimenes Ltda., pertencente ao Sr. Antônio Gimenes.

No contexto de forte crescimento econômico e aumento exponencial do consumo interno – muito diferente do atual cenário brasileiro – o FIPGG decidiu adquirir a rede de supermercados Gimenes Ltda., àquela época uma das maiores do interior paulista.

Como é de praxe em fundos de investimentos em participação("FIPs"), ao decidir pela realização de um investimento dentre outros detidos, foi constituída, em 2006, a ora Recorrente, sob a razão social de Holding GG1 Participações Ltda. (Doc. 03 da Impugnação – fls. 11.638/11.736), para que pudesse instrumentalizar a aquisição pretendida, compartimentalizando o investimento a ser realizado com o objetivo de melhor administrá-lo.

Os termos, condições e cláusulas que resultaram da negociação tida com os detentores do capital social do Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda., estão claramente descritos no contrato de subscrição de ações e outras avenças datado de 17 de março de 2006, o qual, inclusive, descreve as razões determinantes para tal negócio em seu preâmbulo – itens "a" a "i" (Doc. 04 da Impugnação – fls. 11.737/11.777).

No intuito de estruturar a aquisição, a Recorrente, após aporte de recurso do FIPGG, subscreveu ações do Gimenes S.A., integralizando a quantia de R$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de reais) (Doc. 05 da Impugnação – fls. 11.778/11.781). Tal Companhia recebeu também ativos e passivos do Gimenes Ltda., do Sr. Antônio Gimenes, permitindo a continuidade do exercício das atividades empresariais da rede de supermercados e aprimorando sua governança corporativa, em conformidade com as melhores práticas de mercado.

O valor total da negociação constante do contrato firmado entre as partes (Doc. 04 da Impugnação, fls. 11.737/11.777 – já citado) foi pactuado da seguinte forma:

– R$ 100.660.000,00 (cem milhões, seiscentos e sessenta mil reais) deduzidos da expressiva dívida líquida do Gimenes Ltda., apurada no balanço patrimonial levantado com data base em 28 de fevereiro de 2006.

Assim sendo, ao final, a Recorrente obrigou-se a remunerar o Gimenes Ltda., atual Super Holding Gimenes Ltda., do seguinte modo:

(i) 16,5% (dezesseis e meio por cento) em ações da Gimenes S.A.com a transferência do acervo da Gimenes Ltda.;

(si) R$ 6.000.000,00 (seis milhões) a serem pagos em 03.04.2006;

(III) R$ 4.000.000,00 (quatro milhões) a serem pagos um ano após, a contar do pagamento anterior;

(IV) R$ 3.000.000,00 (três milhões) a serem pagos em 31.01.2009;

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

e(v) Saldo residual a ser pago quando a Recorrente alienasse completamente o investimento.

[...]

Sob a perspectiva societária, a operação foi estruturada do seguinte modo: • Na Ata de Assembleia Geral (A.G.E.) de 30.03.2006 (Doc. 06 da Impugnação – fls. 11.782/11.792), o Gimenes S.A. aprovou a emissão de 18 (dezoito) ações preferenciais classe A, 82 (oitenta e duas) ações preferenciais classe B, 743.560 (setecentas e quarenta e três mil, quinhentas e sessenta) ações ordinárias classe A e 337.918 (trezentas e trinta e sete mil, novecentas e dezoito) ações ordinárias classe B, todas subscritas pelo Gimenes Ltda. e integralizadas por meio da conferência de parte de seus ativos e passivos, elencados no laudo de avaliação anexo elaborado pela Deloitte (Doc. 07 da Impugnação – fls. 11.793/11.797), pelo seu valor contábil, de R$ 1.081.578,00 (um milhão, oitenta e um mil e quinhentos e setenta e oito reais), tornando-se proprietária de 99,99% do capital social do Gimenes S.A.; • Na Ata de Assembleia Geral (A.G.E.) de 31.03.2006 (Doc. 05 da Impugnação, fls. 11.778/11.781 – já citado), o Gimenes S.A. aprovou a emissão de 463.286 (quatrocentas e sessenta e três mil, duzentas e oitenta e seis) ações ordinárias classe B, todas subscritas pela Recorrente e integralizadas por meio do aporte de R$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de reais) em dinheiro, sendo R$ 463.286,00 (quatrocentos e sessenta e três mil, duzentos e oitenta e seis reais) a título de preço de subscrição e R$ 41.536.714,00 (quarenta e um milhões, quinhentos e trinta e seis mil, setecentos quatorze reais) a título de ágio. Nesta mesma A.G.E., aprovou-se o resgate com ágio de todas as 743.560 (setecentas e quarenta e três mil, quinhentas e sessenta) ações ordinárias classe A, pelo total de R$ 20.727.000,00 (vinte milhões, setecentos e vinte e sete mil reais), mediante a assunção pelo Gimenes S.A. de dívidas do Gimenes Ltda. neste mesmo valor, elencadas na relação anexada à Impugnação (Doc. 08 da Impugnação – fls. 11.798/11.799); • Em sequência, de acordo com as condições e as proporções estabelecidas na cláusula 5.1, alíneas “g”, “i” e “k”, do contrato de subscrição de ações (Doc. 04 da Impugnação, fls. 11.737/11.777 – já citado), o Gimenes Ltda. transferiu todas as suas 337.918 (trezentas e trinta e sete mil novecentas e dezoito) ações ordinárias classe B para a Recorrente, para a Holding N3 Gimenes Ltda. e para a Holding Sarrassini 9 Ltda., de modo que a Recorrente ficasse com 83,5% de participação no capital social do Gimenes S.A. e os demais, com 16,5%. Após esses eventos, o capital social do Gimenes S.A. ficou distribuído conforme o quadro abaixo:

Acionista	Quantidade de ações ordinárias classe B	Quantidade de ações preferenciais classe A	Quantidade de ações preferenciais classe B	Participação no capital social
Holding GG1	669.089	0	0	83,50%
N3 Gimenes	120.177	0	0	15%
Holding Sarrassini	11.938	0	0	1,49%
Gimenes Ltda.	0	18	82	0,01%

DOCUMENTO VALIDADO

> Verifica-se claramente de todos os documentos acostados durante a extensa fiscalização e à Impugnação que as operações decorreram de negociações efetivamente realizadas entre partes independentes para a constituição de uma companhia que exerceria a atividade de supermercado, mantendo-se ativos e passivos, mediante nova configuração societária, com elevado grau de governança corporativa, em que a Recorrente participaria de 83,5% do capital social e a família Gimenes e José Sarrassini participariam de 16,5% do capital social. Note que a operação de aquisição de fato gerou um ágio de R$ 44.562.000,00 (quarenta e quatro milhões, quinhentos e sessenta e dois mil reais) fundado na expectativa de rentabilidade futura lastreada por laudo elaborado pela Setape Assessoria Econômica (Doc. 09 da Impugnação – fls. 11.800/11.835), quando da aquisição de 83,5% (oitenta e três e meio por cento) do Gimenes S.A. pela Recorrente, amortizado para fins fiscais após a incorporação, nos termos da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. A contabilização do ágio pela Recorrente atendeu a todos os requisitos legais, como se verifica da análise de suas demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2006, auditadas pela Deloitte (Doc. 10 da Impugnação – fls. 11.836/11.846). 10 No intuito de facilitar a visualização pelos julgadores, a Recorrente ressalta que foi anexada à Impugnação o mapa completo com todos os movimentos societários realizados, passo a passo (Doc. 11 da Impugnação – fls. 11.847/11.861). Feitas essas explicações, a Recorrente tecerá adiante algumas considerações sobre a continuidade das atividades empresariais da rede de supermercados. II.a.2) Os procedimentos adotados posteriormente à aquisição da rede de supermercados Gimenes.
>
> Ao contrário do que se imaginava inicialmente, após o aperfeiçoamento dos procedimentos societários, fiscais e contábeis relativos à aquisição da rede de supermercados, o negócio não atingiu o resultado esperado em decorrência de uma série de eventos alheios à vontade dos acionistas, bem como em razão de conjunturas econômicas e comerciais mercadológicas. Em que pese todo o esforço, a empresa amargou prejuízos operacionais em todos os exercícios após a aquisição do acervo da rede de supermercados, nos termos identificados nas DIPJs do Gimenes S.A. dos exercícios de 2006 a 2009 (Docs. 12 a 14 da Impugnação – fls. 11.865/11.960). O investimento realizado em 2006 fracassou do ponto de vista econômico e levou o Gimenes S.A. a pedir recuperação judicial, conforme plano homologado por sentença em 22.07.2009 (Docs. 15 e 16 da Impugnação – fls. 11.961/12.009). Como parte de todo o planejamento para levantar fundos e viabilizar o pagamento das dívidas existentes, também em 2009, a Recorrente incorporou a integralidade do capital social do Gimenes S.A., bem como alienou unidades produtivas isoladas para o Carrefour e para o Supermercado Nações Unidas (Docs. 17 e 18 da Impugnação – fls. 12.010/12.067), nos exatos termos autorizados pelo art. 60 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Entendo que assiste razão ao recorrente.

É certo que o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 determinava, na redação então vigente, que o registro do ágio cujo fundamento econômico é a expectativa de rentabilidade futura "deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração". Contudo, a lei não condicionava a validade desse documento ao momento em que ele foi produzido.

Entendo que a demonstração apontada pela lei é exigida para que a Administração Tributária possa verificar se a anotação do ágio realizada pelo contribuinte corresponde ao valor encontrado para quantificar a possível rentabilidade futura ou mesmo se esse valor é verossímil.

Portando, considero que a antecedência da demonstração do alegado valor da expectativa de rentabilidade futura não é requisito de validade da anotação do ágio, em princípio, cabendo uma análise do conteúdo do laudo para que essa validade possa ser questionada.

Contudo, o fato de desse estudo ter sido formalizado após a realização da aquisição societária não afasta a realidade de que a aquisição ocorreu com ágio e que uma parte desse pode ter sido em razão de uma expectativa de rentabilidade futura.

Ademais, entendo que há situações em que a utilização de uma empresa veículo possui um propósito material, por vezes necessário para a realização do negócio. Por outro lado, há situações em que a utilização de empresa veículo é um meio de perpetrar uma fraude à lei e, por vezes, uma simulação ou uma fraude material. Por isso, é importante analisar o quadro fático da operação.

Verifico que, na espécie, a fiscalização não questiona a existência do ágio, o seu valor, o seu fundamento econômico ou a sua legalidade stricto sensu. Apenas afirma que a utilização das alegadas empresas veículos possibilitaram que a empresa autuada obtivesse uma vantagem que não seria possível em uma operação direta.

O FIPGG, ao decidir pela aquisição da rede de supermercados Gimenes, sempre esteve regular com as suas atividades, mediante autorização da Comissão de Valores Mobiliários e regulamento válido (Doc. 22 da Impugnação – fls. 12.237/12.272).

A Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, vigente à época das operações aqui tratadas, definia os FIPs da seguinte maneira:

> "Art. 2º. O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração."

Para instrumentalizar os seus investimentos em determinadas empresas, controlar e administrar cada investida devidamente, realizou os aportes financeiros em empresas holdings para cada situação em específico, compartimentalizando, desta forma, seus investimentos.

DOCUMENTO VALIDADO

Restou evidenciado que a intenção era que a atividade de supermercados fosse exercida pelo Gimenes S.A., que seria controlado pela Recorrente.

Ou seja, não há que se falar em interposição temporária de empresa veículo para a dedutibilidade do ágio, considerando que o Gimenes S.A. permaneceu ativo por mais de três anos após o recebimento do acervo operacional da rede de supermercados.

De toda forma, considero que a situação fática é exatamente aquela em que é possível afastar a acusação de infração fiscal, por exemplo, o Acórdão nº 1201-006.257, de 21/02/2024, em que foi adotada a seguinte ementa:

> ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

Dessa forma, voto por exonerar a parcela da exigência relativa à exclusão indevida na apuração, associada à amortização dos ágios.

Conclusão

Diante das razões acima expostas, voto por negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin

DOCUMENTO VALIDADO