MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**15588.720674/2021-81**
ACÓRDÃO	1101-002.275 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	25 de junho de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PBKIDS BRINQUEDOS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, constituída sem finalidade negocial, em cujo patrimônio constava registro de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TESE DO "REAL ADQUIRENTE" COM USO DE "EMPRESA VEÍCULO". SIMULAÇÃO CARACTERIZADA. INDEDUTIBILIDADE.

A tese do "real adquirente", com uso de "empresa veículo" na estruturação do negócio realizado, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, fraude ou conluio. No presente caso, em sentido convergente à pretensão fiscal, a contribuinte não demonstrou que não apenas existiam outros propósitos negociais na criação da empresa-veículo, além da questão meramente fiscal.

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

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, estabelece três condições para amortização do ágio fiscal: (i) absorção do patrimônio em razão de evento societário; (ii) participação societária adquirida e (iii) ágio com fundamento em rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

MULTA QUALIFICADA DE 150%. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.

Para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

RETROATIVIDADE BENIGNA. REDUÇÃO DA MULTA.

Lei nova que comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática aplica-se a ato ou fato não definitivamente julgado.

Redução da multa em função da nova redação da legislação

ESTIMATIVAS DECLARADAS EM DCTF. DUPLICIDADE DA EXIGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

Os débitos de estimativas declaradas em DCTF devem ser utilizados para fins de cálculo e cobrança da multa isolada pela falta de pagamento e não são encaminhados para inscrição em Dívida Ativa da União.

Na hipótese de falta de pagamento, os valores dessas estimativas devem ser glosados quando da apuração do imposto a pagar ou do saldo negativo apurado na DIPJ, devendo ser exigida eventual diferença a pagar mediante lançamento de ofício, cabendo a aplicação de multa isolada pela falta de pagamento de estimativa.

CSLL. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO.

A multa isolada, devida pela insuficiência de recolhimento da estimativa mensal da contribuição social, e a multa de ofício regulamentar, devida pela insuficiência de recolhimento da CSLL apurada na data do fato gerador tem hipóteses de incidências distintas, tornando assim cabível o lançamento concomitante dessas penalidades

DOCUMENTO VALIDADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em recusar a conversão do julgamento em diligência, mediante proposta do Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, para esclarecer e quantificar o valor da acusação fiscal de majoração indevida do ágio decorrente do PL negativo, vencidos os Conselheiros Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Jeferson Teodorovicz e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, em afastar a multa isolada; por voto de qualidade, em negar provimento quanto à glosa das despesas de amortização do ágio, em razão da ausência de propósito negocial e da caracterização de estrutura artificial, nos termos do voto do Relator.

Assinado Digitalmente

Roney Sandro Freire Corrêa – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Junior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Roney Sandro Freire Correa, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira, Efigênio de Freitas Junior (Presidente).

RELATÓRIO

1. Trata-se de autos de infração para a cobrança de IRPJ e CSLL, referentes a fatos geradores ocorridos em 31/12/2016 a 31/12/2019. Conforme depreende-se do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 50 a 147), a autoridade autuante glosou as despesas com amortização de ágio, ensejando a seguinte autuação:

DOCUMENTO VALIDADO

Processo	Documento de Lançamento	Valor
15588-720.674/2021-81	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R$ 26.013.594,59
15588-720.674/2021-81	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R$ 9.188.415,64
Total		R$ 35.202.010,23

2. O escopo da fiscalização concentrou na operação, a partir da datada em 31 de agosto de 2012, decorrente da alienação da empresa **PBKIDS HOLDING,** pelos seus sócios pessoas físicas (OSCAR PILNIK, MILTON PILNIK e CELSO PILNIK) à empresa **RI HAPPY BRINQUEDOS**.

3. Desta forma, a acusação fiscal dispôs que o referido ágio foi transferido para a empresa **PBKIDS BRINQUEDOS**, por meio da criação, da **ANDRESA PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA**, constituído em 17 de janeiro de 2007, incorporado no dia 27 de dezembro de 2012, cujo valor de aquisição foi de R$ 112.882.682,44, sendo que o valor contábil do investimento alienado era de R$ (- 107.992.868,39), o que, segundo a recorrente, gerou ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura no montante de R$ 220.875.550,83.

4. A luz das considerações da recorrente, a operação de ágio foi gerada nos seguintes termos:

> Andresa Participações Societárias Ltda ("Andresa"). (i) o ágio pago na aquisição da Fiscalizada pela Andresa foi originado em 31.8.2012 (data do Fechamento da aquisição); (ii) a participação societária adquirida correspondeu a 100% das quotas da PBKids Holding Ltda. ("PBKids Holding"); (iii) os alienantes da participação societária foram os Srs. Oscar Pilnik (na proporção de 34%), Milton Pilnik (na proporção de 33%) e Celso Pilnik (na proporção de 33%); (iv) a empresa adquirente do investimento com ágio foi a Andresa; (v) o valor da aquisição foi de R$ 112.882.682,44; (vi) o valor contábil do investimento alienado era de R$ - 107.992.868,39; e (vii) o valor do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura foi de R$ 220.875.550,83;(...)

5. Em face dos documentos juntados, foi lavrado auto de infração, glosando da apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) a exclusão, nos anos-calendário de 2016 a 2019, da Escrituração Contábil Fiscal (ECF) referentes aos "Código 152: (-)Ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente de participação societária entre partes

DOCUMENTO VALIDADO

Original

não dependentes, em casos de incorporação, fusão ou cisão (art. 22, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014)" e "Código 100.35: (-) Investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido - redução do goodwill - incorporação, fusão ou cisão", referentes exclusivamente ao ágio gerado com a alienação da **PBKIDS HOLDING**, em 2012.

6. A operação ocorreu por meio do grupo norte-americano, **THE CARLYLE GROUP**, que investiu, por meio de Fundos de Investimentos, na empresa brasileira **RI HAPPY**. Com os recursos desses investimentos estrangeiro, a **RI HAPPY** adquiriu a **PBKIDS HOLDING** no mercado brasileiro. No entanto, ela o fez por meio da empresa **ANDRESA**, com único propósito de se beneficiar do ágio fiscal. Em seguida, transferiu o ágio para a empresa operacional (**PBKIDS BRINQUEDOS**).

7. Registra-se que a **CARLYLE,** empresa pertence ao **THE CARLYLE GROUP**, sediado desde 1987, em Washington D.C, com atuação no Brasil por meio de sua coligada, a **TCG GESTOR LTDA**, CNPJ 10.632.282/0001-01, figurando no quadro societário as pessoas jurídicas **TCG FBIE ADVISORY SERVICE LLC** (55,48%), CNPJ 10.845.830/0001-73, e **TCG FBIE MANAGER** (DELAWARE) LLC (44,52%), CNPJ 10.845.831/0001-18, ambas sediadas nos Estados Unidos da América (EUA).

8. A **TCG** surgiu em 2009, com nome empresarial de **GALLATOS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, e posteriormente alterado para **TCG GESTOR LTDA**. Atua, desde então, com foco em investimentos em participações societárias em empresas brasileiras e em fundos de investimentos.

9. No Brasil, em meados de 2010, a **TCG** estabeleceu o seu primeiro fundo de Investimento, qual seja, **FUNDO BRASIL DE INTERNACIONALIZAÇÃO DE EMPRESAS – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES** (doravante denominado "**FUNDO BRASIL**"), CNPJ 11.760.191/0001-06. Tanto este Fundo, quanto os demais que vieram a posteriori, investem em empresas nacionais e estrangeiras, de modo que a **TCG** (leia-se, **GRUPO CARLYLE**) possuía cotas e/ou participações, contribuindo para o aumento de capital na **RI HAPPY**.

10. A empresa **RI HAPPY** foi fundada em 05 de abril de 1988 pelas pessoas físicas RICARDO SAYON, CPF nº 624.050.478-53, e ROBERTO SALIM SABA, CPF nº 046.714.018-94, tendo sido transformada em 30 de janeiro de 2012, conforme

DOCUMENTO VALIDADO

Instrumento Particular de Transformação de Tipo Societário, em sociedade anônima, antes, sociedade limitada.

11. Em 15 de fevereiro de 2012, a **RI HAPPY** aumentou o capital com a emissão de 1.095.000 novas ações que foram subscritas por Ricardo, Roberto e **G5 RS FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES** ("G5 RS"), CNPJ: 13.924.793/0001-87, que ingressou na sociedade por meio da subscrição de 15% das novas ações. É importante pontuar, que o **G5 RS**, em último caso, também pertencia aos sócios ROBERTO e RICARDO. Isso ocorre porque essas pessoas físicas eram cotistas dos Fundos BARDAUNI e MAKTUB, que, por sua vez, eram cotistas do Fundo G5 RS. Assim, em síntese, nesse período, os sócios passaram a deter 15% da **RI HAPPY** por meio do Fundo G5 RS.

12. Em 27 de fevereiro de 2012, os sócios Ricardo, Roberto e **G5 RS** aumentaram o capital social na **RI HAPPY** da seguinte forma: Roberto, em virtude de 28.908.840 novas ações, no valor de R$ 28.908.840,00, através da capitalização dos lucros acumulados no exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011 e em exercícios sociais anteriores; Ricardo em virtude de 28.908.840 novas ações, no valor de R$ 28.908.840,00, através da capitalização dos lucros acumulados no exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011 e em exercícios sociais anteriores; e, **G5 RS** em virtude de 10.203.120 novas ações, no valor de R$ 10.203.120,00, através da capitalização dos lucros acumulados no exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011 e em exercícios sociais anteriores. Verifica-se que a **G5 RS**, dentro de 12 dias após seu ingresso na **RI HAPPY**, recebe distribuição de lucros e os utiliza para capitalizar a própria **RI HAPPY**.

13. No dia 28 de fevereiro de 2012, houve o fechamento do Contrato de Compra e Venda de 85% ações da **RI HAPPY**, pertencentes a Roberto e Ricardo, para **T4U PARTICIPAÇÕES S/A**, com recursos oriundos do **GRUPO CARLYLE**.

14. Conforme consta no item 2.2 do Contrato de Compra e Venda da **RI HAPPY**, celebrado 09 de novembro de 2011, e finalizado em 28 de fevereiro de 2012, o valor base de venda foi no montante de **R$ 516.471.695,53**, sendo parte deste recurso entregue pelo **FUNDO BRASIL** e pelo **CTS**.

DOCUMENTO VALIDADO

15. De acordo com Ata de Assembleia do **FUNDO BRASIL** e **CTS**, esses valores vieram, por aumento de capital ocorrido no dia 27 de fevereiro de 2012 na T4U, R$ 44.443.000,00 do **FUNDO BRASIL** e R$ 106.212.000,00 do **CTS.**

16. De acordo com a Ata de Assembleia realizada em 27 de fevereiro de 2012, a **RI HAPPY** teve aumento de capital social de R$ 6.885.000,00 para R$ 74.905.800. Isto é, um aumento de R$ 68.020.800,00, sendo R$ 28.908.840,00 realizada por RICARDO (42,5%) e o mesmo valor por ROBERTO (42,5%), e por fim, R$ 10.203.120,00 realizada pela G5 RS (15%). Portanto, na referida data, o capital social era de R$ 74.905.800,00, sendo R$ 11.235.870,00 (15%) pertencente a G5 RS, R$ 31.834.965,00 (42,5%) pertencente a RICARDO e R$ 31.834.965,00 (42,5%) pertencente a ROBERTO. Por fim, é importante contextualizar que nessa data já havia um contrato celebrado em 09 de novembro de 2011, em que, de um lado, estava RICARDO e ROBERTO, e, do outro, estava a T4U (do Grupo Carlyle).

17. Destaque para a empresa **ANDRESA**, controlada pela **RI HAPPY**. A **ANDRESA** celebrou um contrato prévio em **28 de maio de 2012** com os sócios pessoas físicas da **PBKIDS HOLDING**, a fim de comprá-la. Mas antes do Fechamento desse negócio, o Grupo Carlyle (por meio dos fundos **CTS** e **FUNDO BRASIL**, e ingresso na empresa **T4U I** fez aporte de cerca de 200 milhões de reais na **RI HAPPY**.

18. Em seguida, no dia **28 de junho de 2012**, a **RI HAPPY** fez um aporte de 5 milhões de reais na ANDRESA. Seguido de um outro, no dia **28 de agosto de 2012**, no montante de cerca de 67 milhões de reais. Por fim, em **31 de novembro de 2012**, a **RI HAPPY** aportou aproximadamente mais 85 milhões de reais na **ANDRESA**.

19. Diga-se de passagem, que a empresa **ANDRESA** foi constituída em 23 de janeiro de 2007, constando como sócios fundadores ROBERTO SALIM SABA (90%), CPF 046.714.018-949, e ANDRE ROBERTO SABA (10%), CPF 285.563.208-05, subscreveram e integralizaram R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo R$ 4.500,00 por ROBERTO e R$ 500,00 por ANDRE.

20. Ademais, do exercício de 2008 a 2012, a empresa **ANDRESA** não teve nesse período qualquer receita, transmitido a declaração toda zerada, sem qualquer movimentação operacional. Destaca-se também que a única Guia de Recolhimento

DOCUMENTO VALIDADO

do FGTS e de Informações à Previdência Social (GFIP) transmitida pela empresa foi do ano-calendário 2007, sem movimento, ou seja, não tinha qualquer empregado em seu quadro de pessoal e não efetuou nenhum tipo de pagamento a título de remuneração a trabalhadores. Isso indica que havia apenas uma pessoa jurídica formalmente criada, mas sem nenhum tipo de operação, até a entrada da **RI HAPPY**.

21. De acordo com o Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da **ANDRESA** do dia 29 de junho de 2011, ANDRE e ROBERTO retiram-se da sociedade, cedendo a título oneroso para a **RI HAPPY**. Na aludida data, o capital social da empresa era de R$ 230.000,00.

22. Em 28 de junho de 2012, conforme a 4ª Alteração do Contrato Social da **ANDRESA**, a **RI HAPPY** cede para a **BRINCAR**, cota da **ANDRESA**. Na mesma ocasião há um aumento de capital social de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) efetuada pela **RI HAPPY**, ficando a empresa com um capital social de R$ 5.230.000,00.

23. Um mês após, conforme a 5ª Alteração do Contrato Social da **ANDRESA**, a **RI HAPPY** aumenta novamente o capital social da **ANDRESA** em R$ 66.847.097,00, ficando com um capital social de R$ 72.077.097,00.

24. Em 30 de novembro de 2012, a **RI HAPPY** fez mais outro aumento de capital social na ANDRESA, dessa vez no valor de R$ 85.200.000,00, totalizando o capital social em R$ 157.277.097,00. Nesse caso específico, incialmente, foi realizada mediante adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) pela **RI HAPPY**, em 12 datas diferentes que vão de 03 de setembro de 2012 até 25 de outubro de 2012.

25. A **PBKIDS HOLDING** teve capital social alterado pelos sócios em 01 de dezembro de 2005, passando para R$ 1.493.000,00. Em seguida, no dia 01 de julho de 2006, houve uma outra alteração de capital social, passando este para R$ 2.999.000,00. No dia 19 de junho de 2012, foi deliberado a destinação de lucro líquido apurado nas demonstrações financeiras relativas ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2011 no montante de R$ R$ 21.228.800,00. Com a referida destinação dos lucros para os sócios, estes, efetuaram um novo aumento de capital na **PBKIDS**

DOCUMENTO VALIDADO

HOLDING de R$ 21.228.800,00, exatamente o valor apurado e distribuído de lucro, passando a empresa a ter um capital social total de R$ 24.227.800,00. Nesta mesma ocasião, foi alterado também a participação nas quotas de cada sócio, quais sejam, OSCAR (34%), MILTON (33%) e CELSO (33%).

26. Conforme a 5ª Alteração do Contrato Social da **PBKIDS HOLDING**, em 31 de agosto de 2012, a **ANDRESA** adquire as participações societárias dos sócios OSCAR, MILTON e CELSO na **PBKIDS HOLDING**. Após a aquisição, a **ANDRESA** aumentou o capital na PBKIDS HOLDING, com emissão de novas cotas, no valor total de R$ 85.200.000,00, mediante capitalização para adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC). Ao final, restou alterado o capital social para R$ 109.427.800,00. Por fim, de acordo com a Ata de Reunião de Sócios realizada em 27 de dezembro de 2012, a **PBKIDS HOLDING** foi incorporada pela **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA**.

27. No tocante a **PBKIDS BRINQUEDOS**, a mesma foi adquirida no contexto da negociação da **PBKIDS HOLDING** (investida) entre a **ANDRESA** (compradora) e as pessoas físicas (sócias) – OSCAR, MILTON e CELSO. Destaca-se que a **PBKIDS** era subsidiária da **PBKIDS HOLDING**.

28. Considerando que que o valor contábil do investimento alienado era negativo (-R$ 107.992.868,39) e o valor da aquisição montou R$ 112.882.682,44, gerou-se um ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura no montante de R$ 220.875.550,83 na empresa não operacional adquirente (**ANDRESA**), sendo que a incorporação inversa da investidora (**ANDRESA**) e da empresa holding (**PBKIDS HOLDING**) pela investida (**PBKIDS BRINQUEDOS**) teria ocorrido em 27/12/2012, daí quando se iniciara a amortização do benefício fiscal do ágio.

29. No sentido cronológico, em 28.02.2012, por meio da T4U, o grupo norte-americano **CARLYLE** adquire a **RI HAPPY**; 03 meses após o evento, a **RI HAPPY**, por meio da **ANDRESA**, assina contrato de compra e venda da **PBKIDS HOLDING,** o que demonstrou o evidente interesse da grupo americano em comprar esta última empresa e suas controladas; em 31.08.2012, a **ANDRESA** fecha o contrato de compra e venda da **PBKIDS HOLDING;** em 27.12.2012, a **PBKIDS BRINQUEDOS** incorpora a **PBKids HOLDING** (adquirida), a **ANDRESA** (adquirente) e a **PBKids.com**.

DOCUMENTO VALIDADO

30. Quanto aos atos preparatórios realizados pelo Grupo **CARLYLE,** para a realização finalística da operação, os aumentos de capital social, ocorreram da seguinte forma:

Datas	Evento
27/02/2012	Aumento de capital no valor de R$ 44.443.195,00 pelo FUNDO BRASIL na T4U
27/02/2012	Aumento de capital no valor de R$ 106.211.703,00 pelo fundo CTS na T4U
28/02/2012	Aumento de capital no valor de R$ 30.000.750,00 pela T4U na RI HAPPY
28/02/2012	Aumento de capital no valor de R$ 5.000.000,00 pela RI HAPPY na ANDRESA
28/05/2012	Assinatura da Compra e Venda da PBKIDS HOLDING (valor de R$ 183.897.097,00)
27/06/2012	Conf. Contrato, prazo para a ANDRESA quitar a 1ª parcela da aquisição da PBKIDS HOLDING no valor exato de R$ 5.000.000,00.
27/06/2012	RI HAPPY incorpora T4U, com isso, aumenta seu capital em R$ 150.761.754,05.
24/08/2012	Constituição da empresa T4U I e integrada ao GRUPO CARLYLE, por meio do Fundo RHPBK, pelo valor de R$135.900.099,00.
27/08/2012	Aumento de capital no valor de R$ 135.700.000,00 pela T4U I na RI HAPPY.
28/08/2012	Aumento de capital no valor de R$ 66.847.097,00 pela RI HAPPY na ANDRESA.
31/08/2012	Fechamento do contrato assinado em 28 de maio de 2012 da aquisição da PBKIDS HOLDING pela ANDRESA, pelo valor de R$ 112.882.682,44. De acordo com o Contrato, após o fechamento, viria outras parcelas a serem pagas pela ANDRESA para os sócios pessoas físicas da PBKIDS HOLDING.
31/08/2012	Conf. Termo de Fechamento do Contrato de Compra e Venda, prazo para a ANDRESA quitar outra parcela da aquisição da PBKIDS HOLDING no valor exato de R$ R$ 66.847.097,00.
30/11/2012	Aumento de capital no valor de R$ 85.200.000,00 pela RI HAPPY na ANDRESA. Conforme a 6ª Alteração Contratual da ANDRESA, a integralização de capital ocorreu na forma de adiantamentos para futuro aumento de capital (AFAC), dividida em 12 parcelas que vão do dia 03 de setembro de 2012 até 25 de outubro de 2012, portanto, de forma retroativa.
30/11/2012	Aumento de capital no valor de R$ 85.200.000,00 pela ANDRESA na PBKIDS HOLDING. Conforme a 7ª Alteração Contratual da PBKIDS HOLDING, a integralização de capital ocorreu na forma de adiantamentos para futuro aumento de capital (AFAC), dividida em 12 parcelas que vão do dia 03 de setembro de 2012 até 25 de outubro de 2012, portanto, de forma retroativa.
30/11/2012	Aumento de capital no valor de R$ 85.200.000,00 pela PBKIDS HOLDING na PBKIDS BRINQUEDOS. Conforme a 17ª Alteração Contratual da PBKIDS BRINQUEDOS, a integralização de capital ocorreu na forma de adiantamentos para futuro aumento de capital (AFAC), dividida em 12 parcelas que vão do dia 03 de setembro de 2012 até 25 de outubro de 2012, portanto, de forma retroativa.

DOCUMENTO VALIDADO

31. Dentro do contrato de aquisição da **PBKIDS HOLDING**, as cláusulas que merecem atenção, são as de "Preço de Aquisição" e de "Ajuste do Preço de Aquisição"*:*

> 2.2. Preço de Aquisição.
>
> Sujeito aos termos e condições deste contrato, com contraprestação à alienação de todas as Quotas, a Compradora deverá pagar aos Vendedores o valor de até R$ 183.897.097,00 (cento e oitenta e três milhões, oitocentos e noventa e sete mil e noventa e sete reais) (o "Preço de Aquisição"), da seguinte forma:
>
> (a) o valor equivalente a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) será pago no prazo de até 30 (trinta) dias contados da presente data, a título de sinal não reembolsável pelos Vendedores, mediante transferenciais) eletrônica(s) disponível(eis) ("TED");
>
> (b) o valor equivalente a R$ 66.847.097,00 (sessenta e seis milhões, oitocentos e quarenta e sete mil e noventa e sete reais) do Preço de Aquisição será pago na Data de Fechamento, mediante TED; e(c) o valor equivalente a R$ 92.050.000,00 (noventa e dois milhões e cinquenta mil reais) do Preço de Aquisição será retido pela Compradora nos lermos da Cláusula 9.1 abaixo, c será destinado a garantir o pagamento de qualquer Perda que seja indenizável pelos Vendedores ("Valor Retido"). O Valor Retido deverá ser corrigido pelo CDI e ser liberado aos Vendedores nos termos da Cláusula 9.1 abaixo; e(d) o valor equivalente a até R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) será pago na forma de Parcela Variável (Earn Out) nos termos da Cláusula 3.2 abaixo, corrigido pelo CDI desde a Data de Fechamento até a data do seu eventual pagamento.
>
> (...)
>
> **CAPÍTULO III. AJUSTES DO PREÇO DE AQUISIÇÃO; PARCELA VARIÁVEL**
>
> 3.1. Ajustes do Preço de Aquisição. As Partes concordam que o Preço de Aquisição será ajustado, para mais ou para menos, com base em uma revisão da posição dos valores do Capital de Giro e do Endividamento Líquido das Sociedades, na Data de Fechamento (respectivamente, o "Capital de Giro do Fechamento" e o "Endividamento Líquido do Fechamento").

32. A parte fixa seria de (i) R$ 5.000.000,00 a ser pago até 30 dias da assinatura do contrato (28 de fevereiro de 2012) e de (ii) R$ 66.847.097,00 a ser pago na data do Fechamento do negócio (31 de agosto de 2012). A parte variável, corrigida pelo CDI, seria de (i) R$ 92.050.000,00 correspondente a "valor retido" para garantir o pagamento de qualquer perda cuja parte indenizadora sejam os vendedores, a ser pago a cada data de aniversário do Fechamento (31 de agosto de 2012) e de (ii) R$

DOCUMENTO VALIDADO

20.000.000,00 correspondente a "parcela variável (earn out)". No que toca ao "valor retido", a regulamentação contratual veio na cláusula 9.1.

33. Na cláusula "9.2", prevê a garantia do pagamento do "valor retido" por meio de constituição de alienação fiduciária em garantia de mais de 43 milhões de ações ordinárias, em 31 de agosto de 2012, pelos acionistas da **RI HAPPY**, quais sejam, **T4U I, FUNDO BRASIL, CTS e G5** (conforme Figura 20 deste Relatório Fiscal), em favor de OSCAR, MILTON e CELSO (vendedores). E complementa na cláusula "9.3" que a **RI HAPPY** além de ser a fiadora formal seria a pagadora da aquisição da **PBKIDS HOLDING** pela **ANDRESA**. Nesse sentido, é possível constatar, com o próprio Contrato de Compra e Venda celebrado pelo **GRUPO CARLYLE**, que a **RI HAPPY** figurou como efetiva adquirente da **PBKIDS HOLDING**. Vejamos as cláusulas contratuais citadas:

> **9.2. Alienação Fiduciária de Ações.**
>
> Como garantia de pagamento do Valor Retido, os acionistas da Garantidora constituirão, na Data de Fechamento, em favor dos Vendedores, alienação fiduciária cm garantia de 43.531.177 (quarenta e cinco milhões quinhentos e trinta e um mil e cento e setenta e sete) ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal de emissão da Garantidora ("Ações Alienadas"), de acordo com contrato de alienação fiduciária de ações, na forma da minuta anexada a este Contrato como Anexo 9.2 ("Contrato de Alienação Fiduciária"). Na Data de Fechamento, assumindo que tenha sido realizado um aumento de capital no valor de R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) com a emissão de aproximadamente 77.027.356 (setenta e sete milhões, vinte e sete mil, trezentas e cinquenta c seis) novas ações, as Ações Alienadas representarão aproximadamente 23% (vinte e três por cento) do capital social total e votante da Garantidora, e terão valor equivalente a aproximadamente R$ 145.665.000,00 (cento e quarenta c cinco milhões, seiscentos c sessenta c cinco mil reais).
>
> (...)
>
> **9.3 Garantidora.**
>
> A Garantidora celebra este Contrato na qualidade de fiadora e principal pagadora, solidariamente responsável por todas e quaisquer obrigações da Compradora perante os Vendedores assumidas neste Contrato e seus Anexos, perdurando a sua responsabilidade até a extinção de tais obrigações. A Garantidora expressamente renuncia aos benefícios consubstanciados nos artigos 827, 835, 837, 838 e 839 do Código Civil.

DOCUMENTO VALIDADO

34. Quanto ao laudo de avaliação da **PBKIDS HOLDING**, a acusação fiscal menciona que as informações utilizadas pela DELOITTE foram encaminhadas pela **ANDRESA** (adquirente) e **PBKIDS** (adquirida). Na parte introdutória do referido documento, menciona ter havido a aquisição, em junho de 2012, da **PBKIDS** pelo fundo de investimentos **CARLYLE**, e, este mesmo fundo, em março de 2012, teria adquirido 85% da **RI HAPPY**. Isso reforça o fato de que o Laudo ora analisado foi produzido **posteriormente** a efetiva aquisição, com único objetivo de reconhecer eventual ágio fiscal, pois o Laudo só viria a ser entregue para fins de fundamentação da suposta aquisição em 10 de abril de 2013.

35. Ao cotejar a Demonstração Contábil, utilizado para emissão do Relatório de Avaliação pela DELOITTE, e o Balanço Patrimonial projetado pela própria empresa responsável pela avaliação da recorrente, a fiscalização percebeu uma inconsistência no Patrimônio Líquido. No documento entregue pela administração da **ANDRESA/PBKIDS** consta, como já dito, PL negativo de R$ 104.192.000,00, em 31 de agosto de 2012. Por outro lado, no Balanço Patrimonial projetado, consta, na mesma data base, patrimônio líquido positivo (R$ 8.230.000,00), ou seja, para o mesmo período, há um balanço apresentado pela contribuinte (não auditado, diga-se de passagem) informando se tratar de uma conta deficitária, mas que na projeção pela empresa especializada se tornou superavitária.

36. A divergência destacada no valor do PL da **PBKIDS** (adquirida indiretamente) indica que a contribuinte quis diminuir o valor de seu PL, pois este serve de base para cálculo do valor contábil pelo MEP (método de equivalência patrimonial) utilizado pela **PBKIDS HOLDING** (empresa adquirida diretamente) para valorar o preço de aquisição. Nessa toada, com o patrimônio líquido negativo, o ágio fiscal gerado seria inflado, isto é, teria um maior valor para deduzir para fins de imposto de renda e contribuição social.

37. Quanto ao laudo de avaliação da **PBKIDS HOLDING**, a recorrente informou que a avaliação econômica para venda da **PBKIDS HOLDING** foi baseada, indiretamente, no Relatório de Avaliação Econômico-financeira da **PBKids BRINQUEDOS LTDA**, com data base de 31 de agosto de 2012, produzido pela DELOITTE TOUCHE TOHMATSU

DOCUMENTO VALIDADO

CONSULTORES LTDA, CNPJ 02.189.924/0001-03, a pedido da **ANDRESA**. Conforme o Laudo, a data de entrega à administração da empresa foi 10 de abril de 2013.

38. O Laudo apresentado pela contribuinte para fins de avaliação da **PBKIDS HOLDING**, cuja finalidade era para incorporação pela **PBKIDS**, foi o elaborado no bojo do "Instrumento de Rerratificação da 19ª Alteração do Contrato Social da PBKIDS BRINQUEDEOS, datada de 27 de dezembro de 2012". Nessa retificação, alterou-se o valor do acervo líquido da **PBKIDS HOLDING** de R$ 221.421,56 para R$ 620.013,42, bem como da **ANDRESA**, que passou de R$ 146.434.788,04 para 179.847.463,65.

39. No Laudo contábil produzido, constante no Instrumento de Rerratificação da 19ª Alteração do Contrato Social da **PBKIDS BRINQUEDEOS** de 27/12/2012, consta o Balanço Patrimonial da **ANDRESA**, cuja data base seria 31 de outubro de 2012. Neste Balanço, a conta "Ágio sobre aquisição de empresas" encontra-se com valor de R$ 253.268.335,77. No entanto, ocorre que um outro Lado BDO, apresentado para a Receita Federal do Brasil no dia 09 de março de 2020, quando a recorrente foi intimada, o Balanço Patrimonial da **ANDRESA** que, em tese, seria semelhante ao constante no citado Instrumento de rerratificação, tem divergência. Isso porque, no demonstrativo contábil aparece o "Ágio sobre aquisição de empresas" com valor de R$ 307.789.965,00. Segue o balanço patrimonial da **ANDRESA,** constante no Ato Societário da **PBKIDS BRINQUEDOS**:

DOCUMENTO VALIDADO

BDO

Andressa Participações Societárias Ltda.

Balanço patrimonial
Em 31 de outubro de 2012 (em Reais)

ATIVO	Andressa Partic.	PASSIVO E PATRIMÔNIO LÍQUIDO	Andressa Partic.
Circulante		Circulante	
Caixa e equivalentes de caixa	613,00	Contas a Pagar	6.052,40
Títulos e valores mobiliários	51.708,56	Debêntures	-
Contas a receber	-	Obrigações trabalhistas	-
Estoques	-	Obrigações fiscais	-
Tributos a recuperar	2,40	Parte Relacionadas	20.000.000,00
Adiantamentos	-		20.006.052,40
	52.323,96		
Não circulante		Não circulante	
Realizável a longo prazo		Contas a Pagar	53.428.370,38
Adiantamento p/ Investimento	-	Provisão de perda com investimentos	102.540.105,69
Deposito Judicial	-	Provisão de perda com investimentos New Toys	38.773,30
	-		156.007.249,37
Investimentos		Patrimônio líquido	
Ágio sobre aquisição de empresas	253.268.335,77	Capital social	72.077.097,00
Adiantamento p/Partes reclacionadas - AFAC	85.200.000,00	Afac	85.252.903,00
Imobilizado	-	Prejuízos acumulados	(75.634,68)
Diferido	-	Resultado do período	5.252.992,64
	338.468.335,77		162.507.357,96
Total do ativo	338.520.659,73	Total do passivo e do patrimônio líquido	338.520.659,73

SEM VALOR DE CERTIDÃO

40. Na sequência, a própria BDO ressalta que o ágio registrado na contabilidade **ANDRESA** não está fundamentado por laudo, o que diverge da resposta da recorrente, em 08 de fevereiro de 2021, que trouxe o Laudo da DELOITTE avaliando a **PBKIDS** como documento que fundamentou o ágio.

BDO

3. Avaliação do patrimônio líquido

Foram examinados os livros de contabilidade da Andressa Participações e todos os demais documentos necessários à elaboração deste laudo.

O ágio registrado na Andressa Participações não está fundamentado por laudo.

Apuraram os peritos que o valor do patrimônio líquido contábil da Andressa Participações é de R$ 162.507.357,96 (Cento e sessenta e dois milhões, quinhentos e sete mil, trezentos e cinquenta e sete reais e noventa e seis centavos), em 31 de outubro de 2012.

41. Quanto a contabilização do PL Negativo, a recorrente considerou para fins de cálculo do ágio, o valor contábil da **PBKIDS HOLDING** de R$ - 107.992.868,39. No entanto, em 31 outubro de 2012, foi informado que o valor do Patrimônio Líquido foi de R$ - 17.340.106,00, o que, por si só, apresenta divergências. No Sped-Contábil da **PBKIDS BRINQUEDOS**, por sua vez, até 31 de agosto de 2012, o Patrimônio

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Líquido era de R$ - 78.328.386,55, e, em 31 de outubro de 2012, era de R$ - 65.018.011,08, refletindo em diversas divergências.

42. Quanto a contabilização da conta "AJUSTES PATRIMONIAIS" da **PBKIDS BRINQUEDOS**, o valor informado como "Resultado Acumulado", foi de R$ (- 135.451.947,00), registrado no Patrimônio Líquido. Essa conta, entre outras, foi a principal responsável pela ocorrência do PL negativo da adquirida **PBKIDS HOLDING**.

43. Em 31 de agosto de 2012, registrou na contabilidade, por exemplo: (i) a débito de Ajustes Patrimoniais (PL) e a crédito de Débitos Financeiros (Passivo Circulante); (ii) a débito de Ajustes Patrimoniais (PL) e a crédito de Benfeitorias em prédio de terceiros (Ativo Não Circulante); (iii) a débito de Ajustes Patrimoniais (PL) e a crédito de Aluguel a Pagar (Passivo Circulante); (iv) a débito de Ajustes Patrimoniais (PL) e a crédito de Pontos Comerciais (Ativo Não Circulante); (v) a débito de Ajustes Patrimoniais (PL) e a crédito de Clientes a Receber (Ativo Circulante), etc. Com tudo isso, a **PBKIDS** acabou negativando o seu Patrimônio Líquido que serviu de parâmetro para estabelecer o valor contábil para calcular o "Ágio **PBKIDS HOLDING**", aqui analisado, cujo saldo da conta Ajustes Patrimoniais (PL), ao final do período de 31 de agosto de 2012 foi de R$ (- 110.738.360,22), conforme o SPED-Contábil 2012 da **PBKIDS BRINQUEDOS**.

44. Em diversas oportunidades, a fiscalização ofertou a recorrente para que pudesse manifestar quanto aos ajustes patrimoniais efetuados, sobretudo por ter feito uma manobra contábil para diminuir seu patrimônio líquido em mais de 130 milhões de reais, sem documentação que o fundamentasse, que contribuíra para aumentar o valor do ágio apurado pela **RI HAPPY** (**ANDRESA –** vide tabela abaixo), mas a recorrente se manifestou de forma evasiva.

DOCUMENTO VALIDADO

Alocação do Preço de Compra (PPA)	Com o Ajuste Patrimonial realizado pela PBKIDS BRINQUEDOS	Sem o Ajuste Patrimonial realizado pela PBKIDS BRINQUEDOS
1) Preço de Aquisição	**R$ 112.882.682,44**	**R$ 112.882.682,44**
2) Valor Contábil do Investimento	**R$ -107.992.868,39**	**R$ 2.745.491,83**
(+) Patrimônio Líquido	R$ -107.992.868,39	R$ -107.992.868,39
(-) Ajustes Patrimoniais	R$ -	R$ -110.738.360,22
3) Ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura (1-2)	**R$ 220.875.550,83**	**R$ 110.137.190,61**

45. No tocante ao pagamento da operação, no dia 26 de fevereiro de 2021, a contribuinte informou, na resposta ao item 6 do TIPF, que a origem dos recursos utilizados para adquirir a **PBKIDS** vieram da **RI HAPPY** (Grupo Carlyle).

46. No dia 21 de setembro de 2020, complementou com alguns documentos de transferência bancária. Contudo, os documentos apresentados em 09 de março e em 21 de setembro de 2020 se referem aos pagamentos efetuados aos sócios (Oscar, Milton e Celso) da **PBKIDS BRINQUEDOS** a título de Distribuição de Juros.

47. No complemento, ela apresenta uma planilha dos eventuais pagamentos efetuados, que datam do dia 29/06/2012 até 16/12/2019, que somam R$ 139.060.611,74. Ocorre que, nos comprovantes apresentados, não há nenhuma transferência no ano de 2012 realizada pela **ANDRESA**, então adquirente, que figurou no contrato de compra e venda da **PBKIDS HOLDING**.

48. Em alguns pagamentos realizados pela **PBKIDS BRINQUEDOS**, constam na planilha disponibilizada pela recorrente, que a mesma efetuou pagamento de sua própria aquisição, isto é, da empresa adquirida de forma indireta.

49. Considerando que a **ANDRESA** não efetuou nenhum pagamento da obrigação contratual, a fiscalização mencionou a possibilidade, dos atos societários levantados, ainda que não sejam documentos hábeis a comprovar o efetivo pagamento, permite verificar o fluxo de recursos, confirmados pela própria recorrente, cujos recursos originaram dos Fundos do Grupo norte-americano, **THE CARLYLE GROUP**, até os sócios pessoas físicas da **PBKIDS HOLDING.**

50. Quanto aos pagamentos registrados na contabilidade da **ANDRESA** e **PBKIDS BRINQUEDOS,** a fiscalização concluiu que não há registro contábil na **ANDRESA**, referente aos pagamentos efetuados, nem mesmo foi identificado sua

DOCUMENTO VALIDADO

contabilidade física ou digital no ano de 2012, mesmo relacionada a períodos anteriores a sua incorporação. Isto é, não foi feito contabilidade para a empresa responsável, ao menos formalmente, pela aquisição da **PBKIDS HOLDING** e suas controladas, revelando a condição da própria empresa **ANDRESA**, de mera "empresa de prateleira".

51. A autoridade fiscal conclui que a (**PBKIDS BRINQUEDOS**) inicia a amortização da despesa de ágio sem observância dos requisitos legais, em especial, a confusão patrimonial prevista no art. 7º c/c 8º, "b", da Lei 12.532/1997, fundamentando como empresa adquirente, a **RI HAPPY** (leia-se, Grupo norte-americano CARLYLE) e a adquirida foi a **PBKIDS HOLDING**. Nesse sentido, não poderia a **PBKIDS BRINQUEDOS** amortizar o ágio, pois ela não figura em nenhum dos polos necessários para a dedução da despesa. Em nenhum momento há confusão entre **RI HAPPY** e **PBKIDS BRINQUEDOS**.

52. Vejam, a operação de compra e venda, ocorrida em 31 de agosto de 2012, foi celebrada entre os sócios pessoas físicas e a **ANDRESA**, cujo investimento adquirido teria sido a **PBKIDS HOLDING**. Apesar da **RI HAPPY** (GRUPO CARLYLE) ter sido a efetiva adquirente do investimento. De acordo com a Ata de Reunião de Sócios da PBKIDS HOLDING, a Ata de Reunião de Sócios da **ANDRESA**, o Protocolo de Incorporação da **ANDRESA, PBKIDS HOLDING** e **PBKIDS.com**, além da 19ª Alteração do Contrato Social da PBKIDS BRINQUEDOS, do dia 27 de dezembro de 2012, verifica-se que no evento de incorporação não houve confusão patrimonial entre investida e investidora. Ademais, ainda que considerassem como efetiva adquirente a **ANDRESA**, constata-se que não ocorreu o encontro patrimonial entre a **PBKIDS HOLDING** e a **ANDRESA**, mas sim entre **ANDRESA** e **PBKIDS BRINQUEDOS**.

53. Por fim, a fiscalização entendeu pela glosa do ágio, imputando às multas isolada e qualificada, seguindo com os respectivos argumentos, assim sintetizados:

MOTIVOS
A real adquirente foi a **RI HAPPY** pertencente ao **GRUPO CARLYLE**;
Inconsistências de comprovantes de pagamentos apresentados com os valores informados contratualmente (ex: pagamentos como distribuição de lucros aos ex-sócios da **PBKIDS HOLDING**,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

divergência entre valor informado na intimação com os documentos apresentados etc.);
Ausências de comprovantes de pagamentos em relação aos valores dispendidos pela **ANDRESA**, antes de sua incorporação (27/12/2012), mesmo depois de intimada e reintimada para que apresentasse os referidos documentos;
Ausência de Laudo que fundamentasse o ágio na **PBKIDS HOLDING**, visto que o Laudo apresentado foi em relação à **PBKIDS BRINQUEDOS;**
Uso da empresa de prateleira **ANDRESA** como empresa veículo;
Não houve confusão patrimonial entre investida (**PBKIDS HOLDING**) e investidora (ainda que considerássemos que tenha sido a empresa veículo **ANDRESA** a real adquirente);
O ágio foi transferido (i) da **RI HAPPY** para **ANDRESA**, (ii) da **ANDRESA** ou da **PBKIDS HOLDING** para a **PBKIDS BRINQUEDOS**, que não é a investida de fato e nem a investidora.

54. Irresignada, a defesa apresentou, de início, em sede de preliminar, três nulidades verificadas no lançamento e desconsideradas pelo julgamento de piso:

> **(i) Fundamentação fática | Erro na descrição dos fatos. Afronta ao artigo 142 do CTN, artigo 2º e artigo 50, §1º da Lei 9.784/99 e artigo 10, inciso III do Decreto 70.235/72.**
>
> A Autoridade Fiscal não cumpriu sua obrigação de demonstrar sua alegação e a ocorrência do fato gerador. A Fiscalização não pode simplesmente desconsiderar a Andresa como real adquirente e indicar a Ri Happy, por esta figurar como fiadora e suposta provedora dos recursos para aquisição. Ressalta-se que essa argumentação é tão frágil que a própria Fiscalização se contradisse e indicou e confundiu o papel da Ri Happy e do Grupo Carlyle como "real adquirente";
>
> **(ii) Fundamentação Legal | Ausência de capitulação legal objetiva e precisa. Afronta ao artigo 5º, inciso II E artigo 150, inciso I da CF, artigo 3º E artigo 142 do CTN, artigo 2º e artigo 50, §1º da Lei 9.784/99 e artigo 10, inciso IV do Decreto 70.235/72.**
>
> Além de indicar fatos incorretos, a Autoridade Fiscal não capitulou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Autoridade Fiscal limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Autoridade Fiscal cite dispositivos legais genéricos – é necessário que seja demonstrado qual o fato contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita;
>
> **(iii) Ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada - afronta ao artigo 170 da CF:**
>
> Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para

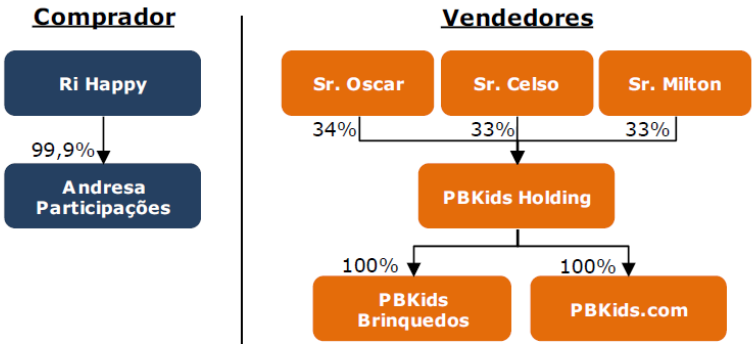
DOCUMENTO VALIDADO

argumentar), ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Administração Pública de ingerir na liberdade da esfera privada. Ora, não compete à Administração Pública fazer juízo de valores em relação à forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Administração Pública de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado.

55. Na sequência, a recorrente detalhou a operação, da seguinte forma:

42. A Andresa foi uma sociedade constituída em 17.1.2007 pelo Sr. Roberto Salim Saba e Sr. André Roberto Saba, com o objetivo de deter participação societária em outras pessoas jurídicas. É importante notar que (i) a Andresa foi constituída muito tempo antes de a Recorrente ser adquirida, sendo que a sua constituição não guarda nenhuma relação à aquisição da Recorrente; (ii) a Andresa foi constituída pelos antigos acionistas da Ri Happy, os Srs. Roberto Salim e André Saba, sem nenhuma relação com as sociedades que compõem o "Grupo Carlyle"; e(iii) a Andresa era uma sociedade holding (i.e., seu objeto social estava voltado a deter participações societárias em outras companhias), tanto que a Andresa era detentora de 50% do capital da New Toys Comércio, Distribuição e Importação Ltda.

Pois bem, em 29.6.2011, a Ri Happy ingressa como única acionista da Andresa. Em 23.2.2012, a Ri Happy transfere 1 quota da Andressa Participações à Brincar Marcas e Participações Ltda. ("Brincar"). A estrutura societária relevante na data em que a transação foi realizada pode ser representada da seguinte maneira:



44. Em 28.5.2012, a Andresa celebrou Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças ("CCV") com os Vendedores, tendo por objeto a aquisição de 100% das quotas representativas do capital da PBKids Holding. A PBKids Holding era a sociedade holding que detinha participação na Recorrente e na PBKids.com. Isso significa que, pelo CCV, estavam sendo adquiridas as quotas da PBKids Holding, da Recorrente e da PBKids.com.

45. A Ri Happy figurou como garantidora pelo cumprimento das obrigações assumidas pela Andresa. Note-se que, em nenhum momento, a Ri Happy atuou como adquirente do investimento. A adquirente (como foi reconhecido pela

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

própria Autoridade Fiscal) foi a Andresa, para todos os fins de Direito. A Ri Happy atuou apenas como garantidora, nos limites dos direitos e obrigações previstas para a condição de garantidora pelo Código Civil. Compradora é comprador e garantidor é garantidor.

46. Em contrapartida à aquisição das quotas, a Andresa pagaria aos Vendedores até R$ 183.897.087,00, da seguinte maneira (i) Sinal: de R$ 5.000.000,00; (ii) Data do Fechamento: de R$ 66.847.097,00; (iii) Ajuste do Preço: de R$ 92.050.000,00, retido pela Andresa; (iv) Earn Out: de R$ 20.000.000,00.

47. Apesar de esses terem sido os pagamentos previstos no CCV, posteriormente ao fechamento, os Vendedores e a Andresa celebraram Termo de Acordo ajustando que (i) o Ajuste do Preço era negativo de R$ 47.701.414,32, sendo que os Vendedores deveriam efetuar o pagamento desse montante à Recorrente por meio do desconto dos valores do valor retido; e (ii) o Earn Out não seria devido aos Vendedores, tendo em vista que o EBITDA 2012 foi inferior a R$ 30.000.000,00. No final, teve-se que o valor da aquisição foi de R$ 112.882.682,44.

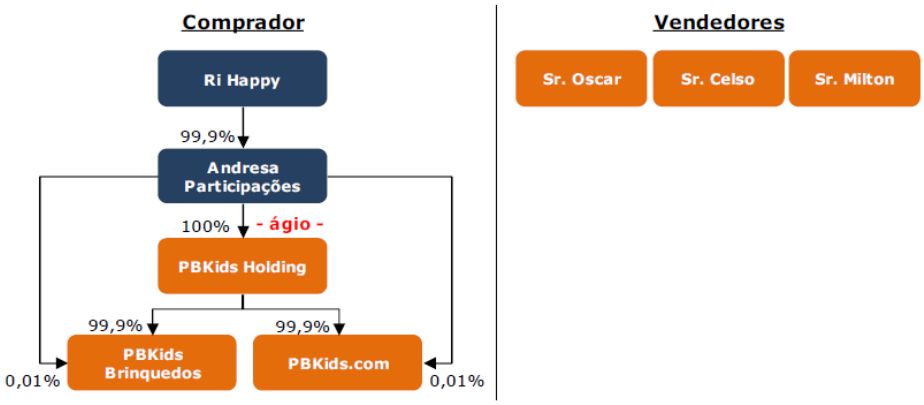
48. Com a aquisição do investimento na PBKids Holding, em 31.8.2012, a Andresa passou a ser legalmente obrigada a avaliar seu investimento na investida segundo o método da equivalência patrimonial (conforme 20 do DL 1.598/77, isso é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de PL; e (ii) ágio. Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor, e considerando que o valor da PBKids Holding era de R$ - 107.992.868,39, a Andresa apurou ágio de R$ 220.875.550,83.

(...)

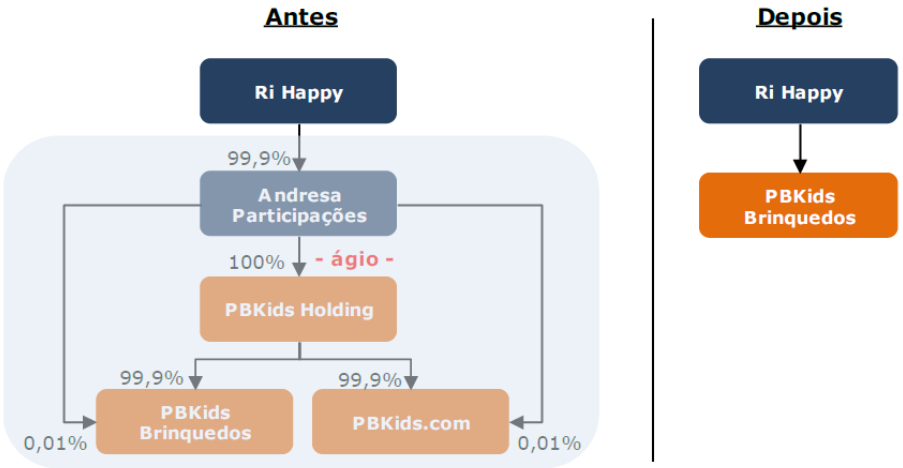
50. Além disso, o preço pago foi devidamente fundamentado em laudo elaborado pela Deloitte, tendo por data-base as posições de 31.8.2012 (i.e., exatamente a data em que a Recorrente foi adquirida). A Autoridade Fiscal tentou desconsiderar o Laudo de Avaliação apresentado, sob a alegação de que ele teria sido formalizado "intempestivamente" – já que ele foi entregue em abril de 2013. Mas a verdade é que(i) as legislações societária e tributária vigentes à época dos fatos não estabeleciam nenhum prazo para a elaboração de laudos de avaliação (apenas havia a exigência de o adquirente arquivar documentação que tivesse servido de suporte para o preço);

(ii) posteriormente, quando a legislação passou a conter previsão nesse sentido (por meio da lei 12.973/14), o prazo previsto foi de 13 meses; e (iii) independente da data em que o laudo foi efetivamente formalizado, o que importa é a data-base dos dados econômico-financeiros analisados pela Deloitte. Tal alegação foi afastada de plano pela DRJ, uma vez que não havia exigência legal à época dos fatos.

51. Com o fechamento da operação, a estrutura relevante passou a ser o seguinte:



52. Após a aquisição, em 27.12.2012, a Recorrente incorporou a PBKids Holding, a Andresa e a PBKids.com, sucedendo legalmente os seus direitos e obrigações, incluindo aqueles contidos no CCV. Com a absorção da Andresa (adquirente), o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura foi convertido em ativo diferido na própria Recorrente. A estrutura relevante passou a ser a seguinte:



53. O ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda entre sociedades brasileiras (Andresa como adquirente; e a PBKids Holding, como adquirida), praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Recorrente, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado (expectativa de rentabilidade futura), ter resultado em valor superior ao seu patrimônio líquido à época. Nada há, portanto, de artificial ou simulado no presente caso. O ágio foi devidamente fundamentado em Relatório de Avaliação Econômico-Financeiro elaborado pela Deloitte.

(...)

56. Com a incorporação: (i) a PBKids Brinquedos sucedeu legalmente os direitos e obrigações das sociedades incorporadas, incluindo aqueles contidos no CCV; e (ii)o ágio pago pela Andresa, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, foi convertido em ativo diferido na própria investida, amortizável para fins fiscais de acordo com o que estabeleciam os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 e

DOCUMENTO VALIDADO

passou a ser tratado como despesa dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSL.

56. Quanto a **ANDRESA** não ser a "real adquirente" do investimento, restou a fiscalização dispor quem seria, então, a "real adquirente", acrescentando a seguinte situação: se a **ANDRESA** seria uma "empresa de prateleira" por ser utilizada como instrumento na aquisição da Recorrente, também não o seria a **RI HAPPY**? Se a lógica da Autoridade Fiscal fosse aplicada de forma consistente, ambas as sociedades teriam servido como "ponte" para o repasse dos recursos do **GRUPO CARLYLE** para aquisição da Recorrente.

57. Menciona, ainda, que o **GRUPO CARLYLE** é composto por sociedades que captam recursos de diversos investidores, ao redor do mundo; estudam as melhores oportunidades de investimentos; e gerem os investimentos adquiridos por meio de recursos de terceiros. Ou seja, em última instância, os investidores das sociedades adquiridas pelos fundos geridos por sociedades do **GRUPO CARLYLE** são os quotistas finais dos fundos de investimentos.

58. Desta forma, segundo a defesa, se a **ANDRESA** não poderia ser a adquirente do investimento, tampouco o poderia a **RI HAPPY** – já que ela foi capitalizada por fundos geridos por sociedades do **GRUPO CARLYLE**, sendo que os recursos para a constituição desses fundos advêm de diversos investidores pulverizados. Assim, alega que:

> (1) há um grave erro de acusação, pois a Autoridade Fiscal não cumpriu sua obrigação de demonstrar sua alegação e a ocorrência do fato gerador. A Fiscalização não pode simplesmente desconsiderar a Andresa como real adquirente e indicar a Ri Happy, por esta figurar como fiadora e provedora dos recursos para aquisição. Ressalta-se que essa argumentação é tão frágil que a própria Fiscalização se contradisse e indicou e confundiu o papel da Ri Happy e do Grupo Carlyle como "real adquirente"; e
>
> (2) o direito de defesa da Recorrente é prejudicado, pois a Recorrente não pode demonstrar que a entidade imputada como "real adquirente" não o é – já que há dúvidas quanto quem realmente seria a suposta "real adquirente".

59. Quanto ao laudo de avaliação ter tido por objeto a recorrente e não a **PBKIDS HOLDING**, alega que a **PBKIDS HOLDING** apenas detinha

DOCUMENTO VALIDADO

Original

participações societárias, sendo que a entidade efetivamente operante era a Recorrente. Com isso, foi elaborado um laudo de investimento, que avalia as sociedades operacionais que estão sendo adquiridas. A verdade é que, como a **PBKIDS HOLDING** não possuía atividades operacionais, os dados econômicos e financeiros a serem avaliados eram justamente os da Recorrente. Ainda, afirma que a fiscalização, ao desconsiderar o laudo, se baseou na Lei nº 12.973/2014, ensejando na observância da retroatividade legal, sem, contudo, haver possibilidade de ser admitida.

60. Alega, ainda, a recorrente, que a diferença entre os valores apontados pela Autoridade Fiscal (de R$ 54.521.629,62), diz respeito ao Valor do Ajuste do Preço de Aquisição, e, desta forma, não há nenhuma "irregularidade". Trata-se apenas de valores distintos, por ter sido computado o Ajuste de Capital de Giro e Endividamento Líquido.

61. No tocante ao PL negativo, a recorrente suscitou os seguintes pontos argumentativos:

> 81. As aparentes divergências apontadas pela Autoridade Fiscal decorrem do fato de ela ter considerado os valores de sociedades distintas em períodos distintos. Veja-se, primeiramente, o caso da diferença entre o PL da PBKids Holding em outubro e dezembro de 2012. O aumento do PL da PBKids Holding é majoritariamente devido ao aporte recebido pela mesma nesse ínterim. Isto é, foi justamente em novembro de 2012 que teria ocorrido o aporte de R$ 85.200.000,00 da Ri Happy na PBKids Holding.
>
> 82. Já na segunda situação, a suposta divergência entre os valores informados e os constantes no SPED contábil não existe. A própria Autoridade Fiscal indica que os valores se referem a datas distintas. Não há conflito quando os PLs levam em conta períodos diferentes!
>
> 83. Quanto à terceira situação, a grafia de "Andressa" (com dois "S"), trata-se evidentemente de um erro de digitação. A própria Autoridade Fiscal escreveu "Andressa" nos organogramas que representam as estruturas (fls. 22-48).
>
> 84. Por fim, quanto à quarta situação, a discrepância entre os valores constantes nos laudos, a Recorrente faz referência à memória do Valor de Ajuste do Preço de Aquisição (doc. nº 1 da impugnação), que demonstra que as diferenças decorrem das mudanças no patrimônio entre os períodos.
>
> 85. Quanto à suposta redução artificial do PL da PBKids Holding, a Recorrente entende pertinente destacar, primeiramente, que nenhum questionamento fora

DOCUMENTO VALIDADO

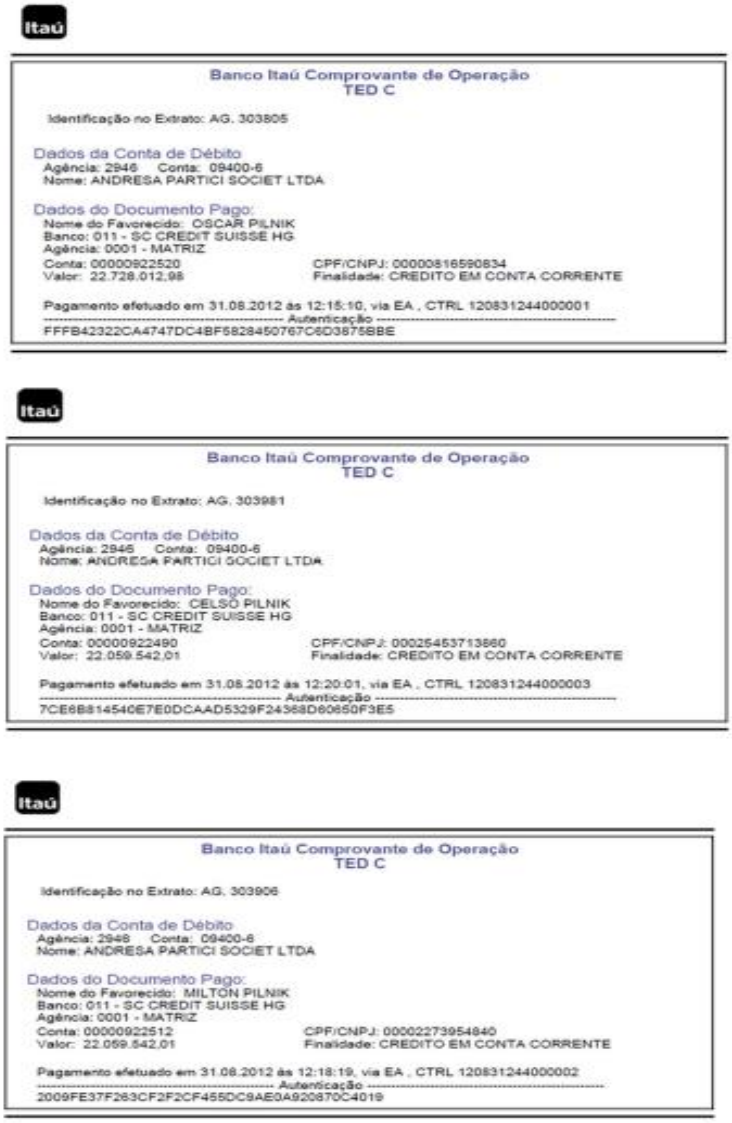
Original

> feito quanto ao método de cálculo do ágio vigente à época das operações. É importante notar que a própria Autoridade Fiscal reconheceu que, na época dos fatos discutidos nesses autos, o ágio era calculado pela diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido do investimento na data da aquisição.
>
> 86. Discute-se, portanto, somente uma suposta redução do PL da PBKids Holding, de maneira inflar o ágio e o benefício fiscal aproveitados pela Andresa e, posteriormente, pela Recorrente. Frisa-se: não há discussão acerca do método de reconhecimento do ágio.

62. Quanto ao efetivo pagamento do preço pela aquisição da **PBKIDS HOLDING**, a recorrente menciona que todos os comprovantes de pagamento do preço foram efetivamente apresentados (fls. 1.722 – 1.882), com exceção apenas do valor do sinal de R$ 5 milhões (cujos comprovantes não foram localizados, por se tratar de operação ocorrida há quase 10 anos). O fato de parte dos pagamentos terem sido realizados pela própria Recorrente é uma decorrência natural do evento de incorporação – pelo qual a incorporadora (a Recorrente) passa a assumir todos os direitos e obrigações das entidades incorporadas, inclusive a obrigação de pagamento de preço por aquisição de participação societária.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO



Itaú

Banco Itaú Comprovante de Operação
TED C

Identificação no Extrato: AG. 303805

Dados da Conta de Débito
Agência: 2946 Conta: 09400-6
Nome: ANDRESA PARTICI SOCIET LTDA

Dados do Documento Pago:
Nome do Favorecido: OSCAR PILNIK
Banco: 011 - SC CREDIT SUISSE HG
Agência: 0001 - MATRIZ
Conta: 00000922520 CPF/CNPJ: 00000816590834
Valor: 22.728.012,98 Finalidade: CREDITO EM CONTA CORRENTE

Pagamento efetuado em 31.08.2012 às 12:15:10, via EA , CTRL 120831244000001
---------- Autenticação ----------
FFFB42322CA4747DC4BF5828450767C6D3875BBE

Itaú

Banco Itaú Comprovante de Operação
TED C

Identificação no Extrato: AG. 303981

Dados da Conta de Débito
Agência: 2946 Conta: 09400-6
Nome: ANDRESA PARTICI SOCIET LTDA

Dados do Documento Pago:
Nome do Favorecido: CELSO PILNIK
Banco: 011 - SC CREDIT SUISSE HG
Agência: 0001 - MATRIZ
Conta: 00000922490 CPF/CNPJ: 00025453713860
Valor: 22.059.542,01 Finalidade: CREDITO EM CONTA CORRENTE

Pagamento efetuado em 31.08.2012 às 12:20:01, via EA , CTRL 120831244000003
---------- Autenticação ----------
7CE6B814540E7E0DCAAD5329F24368D60650F3E5

Itaú

Banco Itaú Comprovante de Operação
TED C

Identificação no Extrato: AG. 303906

Dados da Conta de Débito
Agência: 2946 Conta: 09400-6
Nome: ANDRESA PARTICI SOCIET LTDA

Dados do Documento Pago:
Nome do Favorecido: MILTON PILNIK
Banco: 011 - SC CREDIT SUISSE HG
Agência: 0001 - MATRIZ
Conta: 00000922512 CPF/CNPJ: 00002273954840
Valor: 22.059.542,01 Finalidade: CREDITO EM CONTA CORRENTE

Pagamento efetuado em 31.08.2012 às 12:18:19, via EA , CTRL 120831244000002
---------- Autenticação ----------
2009FE37F283CF2F2CF455DC9AE0A920670C4019

63. Quanto à questão referente a multa qualificada, a recorrente assume que o caso deveria ser tratado por mero conflito interpretativo, não tendo ocorrido a sonegação, fraude ou conluio e, ainda, considerando que a dedutibilidade em foco vem sendo acatada pela jurisprudência do CARF, no máximo poderia se aplicar a espécie o erro de proibição, já que teria escusável desconhecimento da ilicitude do fato, pelo posicionamento jurisprudencial e a multa exasperada viola o princípio da proporcionalidade e o art. 142 do CTN.

64. No tocante à multa isolada, alega que é totalmente improcedente a exigência de multa, seja ela punitiva ou isolada, pois os tributos ora

questionados não são devidos e se vale da argumentação da concomitância entre as multas e o Princípio da Consunção.

65. Por fim, diante dos argumentos de fato e de Direito apresentados, alega, também, a aplicação dos efeitos para a apuração da CSLL.

66. Em síntese, os argumentos contemplados pela defesa, foram assim esposados:

> Primeira razão | Não há fundamentação legal para a alegação de que a Andresa era uma "empresa veículo". Não se pode tolerar a pretensão da Autoridade Fiscal de desconsiderar a possibilidade de serem constituídas sociedades holdings no Brasil. As exigências que estão sendo colocadas desconsideram que há sociedades que têm por objeto a detenção de participação societária em outras, nos termos permitidos no artigo 2º, §3º da Lei das S.A. A tentativa da Autoridade Fiscal de criar uma peculiaridade apenas para o "Direito Tributário" obviamente não pode prosperar. É mais do que sabido que, apesar de suas ramificações para meros fins organizacionais, o Direito é uno. O ordenamento jurídico é uno. Essa é uma premissa básica de hermenêutica jurídica. Ademais, o artigo 110 do CTN é cristalino ao determinar que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.
>
> Como demonstrado, ao afastar a alegação da Autoridade Fiscal, a I. DRJ reforçou o entendimento de que não há previsão legal para imputação de tal característica, muito menos o afastamento do regime tributário por conta de tal imputação.
>
> Segunda Razão | Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária (artigo 2º, §3º da Lei das S.A., artigo 116 do CTN, artigo 981 do Código Civil e artigo 31 da Lei 11.727, de 23.7.2008). O ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais). A legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2º, §3º da Lei das S.A. Ainda nesse sentido, é importante ressaltar que o Código Civil retira qualquer dúvida quanto à irrelevância da discussão referente à "empresa-veículo". Isso porque, de acordo com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil, a atividade de uma sociedade pode restringir-se à realização de um negócio jurídico determinado;
>
> Terceira Razão | Decadência do direito de questionar a constituição e atuação da Andresa (artigo 45 do Código Civil). Conforme prevê o artigo 45, parágrafo único do Código Civil, o prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas decai em 3 anos, razão pela qual já decaiu (em 17.1.2010) o direito de a Autoridade Fiscal contestar a constituição da Andresa;

DOCUMENTO VALIDADO

Quarta Razão | Efetiva absorção do patrimônio da sociedade investidora (Andresa) e sociedade investida (Recorrente) (artigo 109 do CTN, artigo 116 da Lei das S.A. e artigo 7º da Lei nº 9.532/97). A condição de adquirente da Andresa se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: (i) as ações detidas pelos Vendedores foram transferidas à Andresa; (ii) a Andresa figurava no quadro acionário da Recorrente como proprietária da participação societária; e (iii) a Andresa era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a totalidade dos votos nas deliberações da Recorrente e o poder de eleger os administradores da companhia, figurando como acionista controladora nos termos do artigo 116 da Lei das S.A. O artigo 109 do CTN estabelece exatamente que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias";

Quinta Razão | Impossibilidade de Invalidação de atos e contratos cuja produção de efeitos já tenha sido plenamente constituída (artigo 24 da LINDB, artigo 146 e artigo 100 do CTN). Quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado, deverão ser levadas em conta as orientações gerais da época, sendo vedada a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de "orientação geral".

Consideram-se orientações gerais, por sua vez, as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Em pesquisa ao acervo de acórdãos deste E. CARF, constam 19 acórdãos em consulta com os termos "ágio" e "veículo" entre 1.1.1997 e 31.12.2012. Desses 19 acórdãos, 10 acórdãos analisaram a possibilidade de dedução de despesas de ágio em estruturas que envolvessem a utilização de "veículos". Desses 10 acórdãos, 8 são favoráveis ao contribuinte, o que demonstra que a jurisprudência majoritária à época dos fatos legitima a prática do contribuinte;

Sexta Razão | Recentes precedentes favoráveis ao contribuinte em casos de alegação de veículo. Há diversos precedentes recentes deste E. CARF nº sentido de que a utilização de uma sociedade puramente holding não é suficiente para justificar sua desconsideração para fins do aproveitamento do benefício previsto na Lei 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis;

Sétima Razão | Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (artigo 30, §3º do DL 1.598/77, artigo 5º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN). A alegação de que o Laudo de Avaliação que

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

fundamenta ágio não poderia ser considerado, pois: (i) a legislação aplicável não estabelece nenhum prazo para que a demonstração que fundamenta os lançamentos do ágio seja elaborada; (ii) o Laudo de Avaliação teve por data-base a aquisição; (iii) a legislação posteriormente editada (Lei 12.973/14) considerou razoável o prazo de 13 meses para a elaboração da demonstração; (iv) a Autoridade Tributária não pode simplesmente questionar o Laudo de Avaliação de modo genérico, devendo apresentar de modo objetivo qual a suposta irregularidade que o invalidaria; e (v) trata-se de operação realizada por partes independentes, de modo que o preço avençado é notoriamente comutativo;

Oitava Razão | Tributação dos Ganhos de Capitais dos Vendedores (artigo 21 da Lei 8.981/95 e artigo 26 da Lei 10.833/03). Os Vendedores sujeitaram seus ganhos ao IR, de acordo com as disposições contidas no artigo 21 da Lei 8.981/95. É certo que: (i) se na perspectiva do alienante do investimento ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, (ii) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se trata de "dois lados de uma mesma moeda": de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente;

Nona Razão | Decadência do direito de questionar a formação do PL da Recorrente à época da aquisição. Nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, a possibilidade de a Fiscalização glosar ou questionar eventuais tributos recolhidos em decorrência da apuração de lucro líquido tributável de 2012 teria se encerrado, no limite, ao final de 2017. Seguindo o mesmo racional da norma, portanto, o questionamento, análise ou glosa do PL da Recorrente estão impossibilitados por força da decadência.

Décima Razão | Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7º e artigo 8º da Lei nº 9.532/97). Todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Recorrente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo deste Recurso Voluntário;

67. É o breve relatório.

VOTO

Conselheiro **Roney Sandro Freire Corrêa**, Relator

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

68. O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos, determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

69. Conforme consta, o destinatário recebeu mensagem com acesso aos documentos relacionados, por meio de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, na data de 17/05/2023 às 13:11:39, conforme (e-fl. 3514), de modo que a intimação foi enviada ao contribuinte no dia **17.05.2023,** por meio da intimação nº 155887206742170523 – ECOA/SRRF08.

70. Desta forma, é tempestivo o presente Recurso Voluntário protocolado em **15.06.2023**, já que o prazo legal de 30 dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235/72 se encerra em **16.06.2023**.

PRELIMINAR DE NULIDADE

71. Diante das nulidades suscitadas, a recorrente dispõe que o lançamento estaria pretensamente eivado, caracterizado por erro na descrição dos fatos (a Fiscalização não pode simplesmente desconsiderar a **ANDRESA** como real adquirente e indicar a **RI HAPPY**), ausência da capitulação legal objetiva e precisa da infração e ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada.

72. Quanto ao primeiro item, a recorrente se apoia no artigo 142 do CTN, artigo 2º e artigo 50, §1º da Lei 9.784/99 e artigo 10, inciso III do Decreto 70.235/72.

73. Pelas razões de decidir, me alinho, integralmente, ao que fora decidido pelo julgamento de piso, sobretudo lastreado nos seguintes argumentos:

> A autoridade fiscal entendeu que houve uma amortização indevida de ágio pelo fiscalizado, pelos motivos já transcritos no relatório (ausência de laudo que avaliasse o ativo adquirido; investidora (Andresa) que não apresentou contabilidade e sem discriminação do ágio em conta específica; ausência de comprovação de todos os pagamentos efetuados, sendo que sequer há algum pagamento feito pela investidora; utilização de empresa de prateleira (Andresa); laudo de empresa operacional, controlada pela investida, com patrimônio líquido negativo, com reflexo na investida, cujo lançamentos que geraram o PL negativo não foram comprovados por documentação de suporte; mesmo considerando que a aquisição tivesse sido feito pela empresa de prateleira (Andresa), não teria havido confusão patrimonial; etc.). Pode-se discordar de tal imputação, mas não se pode dizer que houve uma nulidade decorrente de erro na descrição dos fatos, afinal a autoridade detalhou em quase cem páginas as imputações em desfavor do autuado.

DOCUMENTO VALIDADO

74. Neste caso, a questão suscitada pela recorrente está imiscuída na questão meritória, o que será apreciada adiante, não merecendo prosperar a arguida nulidade. A nulidade, portanto, é quando há uma questão preliminar, como um cerceamento de direito de defesa ou autuação por autoridade incompetente, à luz do art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

> Art. 59. São nulos:
>
> I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
>
> II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

75. Na sequência, alega que além de indicar fatos incorretos, a Autoridade Fiscal não capitulou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Autoridade Fiscal limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Autoridade Fiscal cite dispositivos legais genéricos – é necessário que seja demonstrado qual o fato contrário à disposição prevista na norma.

76. Novamente, neste caso, reproduzo os pontos contemplados pela instância de piso:

> Ora o próprio impugnante trouxe em sua impugnação a base legal da autuação (fls. 46), na qual avultam os arts. 7º 8º da Lei nº 9.532/1997 c/c o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, além das respectivas normas regulamentares do Decreto nº 3.000/1999, que são as normas que permitem a amortização do ágio e que a autoridade fiscal entendeu vulneradas.

77. Por fim, alegou como terceira nulidade, a ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada, invocando o artigo 170 da CF.

78. Neste caso, como o contribuinte estruturou um conjunto de atos e fatos jurídicos, com intuito de amortização de ágio nas bases de cálculo dos tributos sobre a renda da pessoa jurídica a partir da aquisição de um ativo empresarial, cabe a autoridade fiscal analisar se o contribuinte esteve inserido nas balizas da legalidade ou não. A acusação fiscal não é a última palavra, oportunizando a

DOCUMENTO VALIDADO

recorrente, por meio de impugnação e demais recursos, apresentar às razões e os fundamentos que contraponham a tese da fiscalização.

79. Não há que se falar, portanto, em ingerência da autoridade fiscal na liberdade da esfera privada, em afronta ao art. 170 da Constituição Federal, pois, em momento algum, foram desconsiderados os atos e contratos realizados, mas, simplesmente o que houve foi a aplicação da legislação tributária pertinente às operações realizadas pelo grupo empresarial, na forma como procedidas, identificando os encargos tributários, que será analisado na próxima fase.

80. Por tudo exposto, afastam-se as nulidades suscitadas, passando-se ao mérito desta discussão. Antes, cabe mencionar que a recusa na conversão do julgamento em diligência, no intuito de esclarecer e quantificar o valor da acusação fiscal de majoração indevida do ágio decorrente do PL negativo, se deu pelo entendimento do colegiado de considerar todos os elementos dos autos convincentes para o prosseguimento do feito, não sendo necessário nenhuma medida adicional.

MÉRITO

81. O contexto histórico da figura da dedução "fiscal" de eventual "ágio", suportado em investimento promovido por uma empresa residente em outra, na forma de aquisição de controle ou de participação societária surgiu através de lei editada pelo governo de Fernando Henrique Cardozo, em meio à adoção de um conjunto de medidas de incentivos às privatizações, num cenário em que se destacava uma clara intenção do mandatário em reduzir a participação empresarial do Estado na economia, transferindo-a ao setor privado.

82. Nesse contexto, intentava-se incentivar a participação de empresas em capital de outras, incrementando fusões e aquisições de negócios, de forma a tornar atrativa a participação do capital privado no programa desestatizante em curso.

83.Foi nesta atmosfera - do chamado Programa Nacional de Desestatização (PND) - que se deu a edição da Lei 9.532/1997; cujo artigo 7º (regulamentado na redação dos artigos 385, 386, 387 e 391 do Decreto nº 3000, de 26/03/99) passou a admitir "efeitos fiscais" sobre determinado "ágio" segregado na escrita comercial, na

DOCUMENTO VALIDADO

porção máxima de 1/60 do seu valor amortizável, para cada mês integrante do período de apuração fiscal. Porém, para fazer jus a tal dedução, o texto de lei trouxe condições elencadas, dentre as quais está a ocorrência de incorporação societária, em momento superveniente ao investimento feito com eventual ágio.

84. Ou seja, a dedução fiscal de ágio amortizável se deflagraria quando a empresa (investidora "residente") incorporasse o patrimônio de outra empresa, na qual já detivesse participação acionária adquirida com ágio, sob o fundamento econômico de rentabilidade futura – tudo isso, devidamente demonstrado, mediante documentação pertinente, arquivada em suporte à escrituração.

85. Até então, o ágio propriamente dito se consistia apenas em "desdobramento do custo de aquisição" dentre os critérios de avaliação de investimentos introduzidos pelo DL 1598/77 (artigo 20) – instrumento legal, este, que havia sido baixado para, dentre outros, dosar os efeitos tributários decorrentes dos novos procedimentos contábeis (então) recém introduzidos por meio da Lei 6.404/76; esta, tida como "lei das S/A" (ou "LSA").

86. De tal forma, o referido DL não somente funcionou como "antídoto fiscal", prevenindo ou dosando repercussões tributárias decorrentes dos novos procedimentos introduzidos pela LSA; como veio acrescentar a tal lei o conceito contábil do ágio e seus efeitos no patrimônio das entidades - dado que, na legislação comercial, o ágio era uma figura obscura até então. Nisso, foi que o DL (em seus artigos 20 e 23) trouxe as definições, restrições e tratamento contábil do "ágio"; junto à neutralidade fiscal dos seus efeitos, quando do registro da aquisição e/ou avaliação dos investimentos, conforme se lê no excerto abaixo transcrito:

> DECRETO-LEI Nº 1.598, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.
>
> Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido Desdobramento do Custo de Aquisição Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a

DOCUMENTO VALIDADO

diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

(...) Avaliação do Investimento no Balanço Art. 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

(...)

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Ajuste do Valor do Investimento e Dividendos Art. 22 - O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Contrapartida do Ajuste no Valor do Investimento Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou

DOCUMENTO VALIDADO

> deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).
>
> Amortização do Ágio ou Deságio Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

87. Nota-se que a referida norma (DL 1.598/77), ao tempo em que definia o "ágio" como sendo a diferença (positiva) entre o custo de aquisição do investimento e o seu valor correspondente registrado na contabilidade da pessoa jurídica investida - este, tido como "valor de livro" do ativo investido - exigia sua escrituração em subcontas distintas, de forma a ver destacada a parcela correspondente ao patrimônio líquido da investida e o valor adicional ("ágio"), eventualmente suportado na aquisição do investimento.

88. O mesmo texto determinava ainda que o registro do ágio na escrita da empresa ("investidora") que o tivesse suportado deveria indicar o respectivo fundamento econômico motivador, dentre os seguintes: a) valor de mercado, b) expectativa de rentabilidade futura, e c) fundo de comercio/intangíveis, e demais razões econômicas.

89. Como também definia que a empresa investidora, no tocante aos dois fundamentos econômicos iniciais, deveria manter "demonstração" arquivada, como forma de comprovação e justificação do respectivo lançamento.

90. Assim, em complementação à lei que regia a escrita comercial e/ou societária (Lei 6.404/76), o artigo 20 do referido DL trazia a metodologia e critérios a serem observados pelas empresas residentes, quanto à "avaliação de investimentos" em outras empresas "locais" - no que se incluía o tratamento contábil (e fiscal) a ser dado a eventual ágio suportado na operação de investimento.

91. Em demais artigos do mesmo Diploma - notadamente os artigos 22, 23 e 25; sendo este último introduzido por decreto subsequente (DL 1.730/79) - havia clara menção de que tanto as contrapartidas (na contabilidade da "investidora") por aumento ou redução do investimento avaliado pelo método de "equivalência

DOCUMENTO VALIDADO

patrimonial", quanto as decorrentes da amortização contábil do "ágio" segregado, não deveriam ser computadas na determinação do lucro real.

92. Ou seja, embora se aceitasse, na escrita comercial/societária, o registro de despesas a título da amortização periódica do ágio segregado, tal norma tributária impedia, em regra, que a dedução impactasse a apuração da base de cálculo do IRPJ – exigindo, pois, a sua neutralização, mediante a "adição" do valor correspondente no cômputo do resultado fiscal.

93. De tal maneira, somente se permitia "impacto fiscal" do ágio amortizado quando da "realização do investimento", na forma de alienação ou sua baixa. Isso demandava, portanto, o controle dos valores amortizados (gradual e periodicamente) no denominado "Livro de Apuração do Lucro Real" (ou livro LALUR, na sequência e-LALUR), de forma a permitir que o montante amortizado no tempo pudesse ser levado em consideração na apuração de eventual "ganho de capital", quando da alienação do "investimento".

94. Conforme antecipado, a tal "neutralidade fiscal" do ágio, perdurou até o ano de 1997, quando o governo federal resolveu estimular o setor privado a adquirir participações societárias em empresas "estatais" – notadamente, com preço superior ao valor patrimonial nelas contabilizado. Para tanto, estabeleceu-se que, nas situações em que determinada empresa (residente) incorporasse outra (igualmente residente) - na qual tivesse investimento feito com custo superior ("ágio") ao valor representativo sobre o patrimônio líquido da investida - o valor amortizável do ágio segregado na escrita (da investidora) poderia ser deduzido fiscalmente à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração.

95. Sendo que tal dedução fiscal deveria ser computada nos balanços subsequentes ao evento de incorporação/cisão/fusão societária. Ou seja, nos períodos de apuração de lucro real seguintes à ocorrência do "elemento deflagrador" de sua "amortização fiscal", tendo, como valor base dedutível, o estoque/saldo "amortizável" do ágio segregado contabilmente na operação, conforme veremos adiante.

DOCUMENTO VALIDADO

96. Assim, sob a redação original da Lei 9.532/97, concebeu-se a "amortização fiscal do ágio", cuja contrapartida ("despesa") passou a ser aceita como valor "dedutível" na apuração do resultado tributável da empresa, desde que observadas determinadas condições e/ou requisitos legais.

97. Isso é o que se depreende na leitura do texto legal a seguir reproduzido, com as modificações sofridas ao longo do tempo, dentre as quais está a alteração promovida pela Lei 9.718/98, na redação dada pelo "inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97", logo no ano seguinte à edição daquele diploma inicial.

> Artigos 7º e 8º da Lei 9532/97 Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:
>
> (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

DOCUMENTO VALIDADO

> (...)
>
> Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
>
> a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
>
> b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

98. Como se vê, o artigo 7º da Lei 9.532/97 fez com que o ágio amortizado na contabilidade societária pudesse se refletir na apuração da base de cálculo do IPRJ da empresa "investidora' – ou seja, permitiu-se que despesas registradas em contrapartida à amortização contábil do ágio" fossem aceitas como fiscalmente dedutíveis.

99. Porém, tal "aproveitamento fiscal" ficou condicionado à confirmação de determinadas condições e/ou requisitos legais, a saber:

(i) ocorrência de evento de incorporação, fusão ou cisão, em que a empresa (investidora) tivesse absorvido diretamente o patrimônio do ente investido, no qual já detivesse participação societária adquirida com ágio;

(ii) registro do ágio (na escrita da empresa "investidora") em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe dera causa;

(iii) dedução fiscal sobre o valor amortizável do ágio limitada à razão máxima de 1/60 por período de apuração; nas apurações (de lucro real) subsequentes ao evento societário deflagrador (incorporação/cisão);

(iv) custo de aquisição (incluído a parcela de ágio) comprovadamente suportado (pago/custeado) pela empresa investidora; e,

(v) fundamentação econômica do ágio suportado no investimento, baseada em documento ("demonstrativo/laudo") de rentabilidade futura.

100. No próprio texto do dispositivo legal supracitado, pode se extrair o aspecto subjacente (e lógico) que balizou os efeitos fiscais da amortização do ágio segregado em investimentos, qual seja: a vinculação básica deste instituto a situação corriqueiramente observada no universo das sociedades empresariais, num contexto em que o ente investidor tende a absorver de vez o patrimônio do ente "investido"; no qual ao longo do tempo foram investidos recursos. Ou seja, uma sociedade empresarial investidora tende, naturalmente, a incorporar o ente investido, na qual foram consumidos recursos financeiros na forma de participação

DOCUMENTO VALIDADO

societária adquirida no tempo. Conforme se lê no caput do art. 7º da referida Lei, que assim prescreveu:

> "(..) A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio...".

101. Em tal contexto, impera pontuar a acepção do termo "pessoa jurídica", de forma a clarear o alcance do instituto tributário do ágio. No que o "termo" (contido no enunciado supra) há de ser entendido como sinônimo de "sociedade empresária"; numa alusão lógica ao "sujeito de direito" (pessoa jurídica); que, jurídica e formalmente constituído no País, se encontra explorando uma determinada atividade econômica.

102. Assim, a noção de "empresa" no direito brasileiro encontra-se diretamente vinculada ao próprio conceito legal de "empresário" (CC, art. 966), definido este nos seguintes termos:

> "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços".

103. Ora, se a denominação legal de "empresário" se reporta ao agente que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada", tem-se, como corolário, que o termo "empresa" condensa em si tudo aquilo que envolve a atividade exercida sob tal condição (ou seja, "organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou serviços").

104. Disso, decorre ainda que, se a atividade economicamente organizada (produção ou circulação de bens ou serviços, visando lucro) estiver sendo explorada individualmente, estaremos nos defrontando com o chamado "empresário individual". Ou do contrário, frente a uma "sociedade empresária", propriamente dita, quando tal atividade econômica estiver sendo explorada por pessoa jurídica, constituída mediante contrato societário.

105. Nesse sentido, temos ainda as remissões do RIR (Decreto 3.000/99) ao termo "pessoa jurídica", constantes do Livro II ("Tributação das Pessoas Jurídicas"). No que há de ser destacada a redação do inciso II do artigo 150; a qual, ao equiparar "empresas individuais" a pessoas jurídicas - incluindo, dentre as primeiras, as

DOCUMENTO VALIDADO

pessoas físicas que explorem habitual e profissionalmente atividade econômica visando lucro -; acabara nos fornecendo mais uma clara vinculação entre "pessoa jurídica" (ou "sociedade empresária") e o próprio exercício (organizado e sob ímpeto de lucro) da atividade econômica".

106. De sorte que um pressupunha o outro. Implicando, por outra face, na impropriedade em se atribuir, como "pessoa jurídica" (de fato), um ente que, embora tido como "sociedade empresária" (já que se encontra "formalmente" constituído sob contrato societário), não comprove o exercício fático da atividade econômica a que se propusera – revelando-se, pois, inexistente de fato.

107. Isso impediria tal pessoa jurídica a se habilitar, entre outros, a "vantagens fiscais" instituídas em normativo tributário, cujo aproveitamento encontra-se vinculado à comprovação do exercício fático da atividade empresarial (objeto social) declarada em atos constitutivos – no que se pode incluir as vantagens fiscais advindas do instituo do "ágio" em questão.

> Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27):
>
> I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);
>
> § 1º As disposições deste artigo aplicam-se a todas as firmas e sociedades, registradas ou não (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, § 2º).
>
> Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:
>
> I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º).
>
> II - as empresas individuais (Capítulo II). (...)Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).
>
> § 1º São empresas individuais:
>
> I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "a");
>
> II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "b");

DOCUMENTO VALIDADO

108. Voltando ao histórico do "aproveitamento fiscal do ágio", temos que, ao serem considerados o cenário econômico e as políticas de governo do ano de 1997 ("contexto normativo"), torna-se possível alcançar tanto a intenção quanto os limites estabelecidos pelo legislador tributário ao conceber a dedução fiscal do ágio.

109. Ora, o contexto deixa claro que, no afã em se estimular a aquisição do controle acionário de empresas "estatais" por entes privados, foi pavimentado o caminho para que empresas (existentes de fato) pudessem se habilitar - num ambiente de negócios legítimos - ao preenchimento das condições estabelecidas para a fruição de tal "benefício fiscal".

110. Neste caso, representado pelo direito de a empresa residente deduzir do seu resultado tributável o valor amortizável do ágio que houvera incorrido, quando da aquisição de investimento em outra empresa ("investida") - desde que a investida fosse incorporada pela cia investidora, e que o investimento tivesse sido avaliado economicamente com base na expectativa de "rentabilidade futura".

111. Todavia, o mesmo diploma legal trouxe em seu artigo seguinte (artigo 8º, abaixo transcrito), a possibilidade de as disposições contidas no artigo 7º alcançarem situações em que a "incorporada" fosse a própria detentora da participação societária – operação que viria adiante adquirir o rótulo de "incorporação reversa", ou "às avessas"; numa modalidade que, de pronto, nos soa anômala perante a lógica dos negócios empresariais. Isso, dada a possibilidade de a empresa sair da condição de empresa investida para absorver o patrimônio da própria investidora; ou da condição de ente controlado para incorporar a própria empresa "investidora" e/ou controladora.

112. Mas que, olhada de forma mais cuidadosa e sob o ângulo da "intenção legislativa", tal condição pode ser vista como instrumento necessário ao ajustamento do "ágio" a determinadas situações. Como, por exemplo, as decorrentes de reorganizações societárias em que o exercício da atividade principal de uma das partes envolvidas na aquisição de controle acionário demanda autorizações ou outorgas especiais de órgãos de controle do aparelho estatal – no

DOCUMENTO VALIDADO

que se encaixam as aquisições de controle acionário do sistema financeiro nacional, envolvendo empresas “residentes”.

113. Em tal situação, verifica-se que, independentemente de quem seja parte “investida” e parte “investidora”; somente aquela que esteja autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, é que reúne as condições (imediatas) de prosseguir operando regularmente no segmento. Portanto, sendo esta a entidade investida, o ato de incorporar a própria investidora passa a ser evento societário lógico e/ou previsível.

114. Tem-se, assim, um exemplo a que se pode atribuir a inclusão de tal dispositivo no texto da referida lei, sem que se possa, por outro, valer-se do mesmo para ancorar ou justificar ágios forçados ou artificiais, surgidos nas mais variadas (e abusivas) combinações de negócios.

115. Como ocorre nas situações em que entidades empresariais (existentes “de fato”) recorrem às chamadas “entidades veículos”; as utilizando como figuras meramente interpostadas entre os seus “negócios”; no afã (exclusivo) em forçar o surgimento de “ágio fiscal” sobre determinados negócios formalizados.

116. Ou mesmo, nas situações em que os atores principais recorrem a uma sequência de atos formalizados, em curto lapso temporal, sem apresentarem motivação econômica, que não o intuito único em fabricar deduções fiscais a título de “amortização de ágio”.

117. Em tal contexto, as pessoas jurídicas postulantes tendem a segregar, prévia e contabilmente, um pseudo “ágio”; que, geralmente, não se estabeleceria ou se configuraria no curso real dos fatos. Uma vez que o intuito final é carreá-lo para outra pessoa jurídica; esta, quase sempre, na qualidade de empresa operativa (constituída de fato e direito), e efetivamente interessada em extrair vantagens tributárias mediante a formalização de negócios combinados.

118. O fato é que, a reboque dessa boa-fé do legislador tributário e do aparente alargamento das condições de “dedutibilidade fiscal do ágio”, ocorreu no País uma avalanche de negócios combinados promovidos indiscriminadamente após a edição

DOCUMENTO VALIDADO

da mencionada lei; cujas circunstâncias e formas em que se estabeleceram têm revelado diversos abusos na "configuração" e fruição deste instituto ao longo do tempo; especialmente quando as operações societárias são submetidas a análises fiscais mais detalhadas.

119. Guiados pelo fundamento econômico de "rentabilidade futura" e voltados à obtenção de economia fiscal forçosa; os "negócios combinados" de tal natureza tendem a apresentar um mesmo "invólucro", qual seja: são inseridas, entre a operação negocial e os agentes "efetivos" que dela participam, entidades efêmeras ou interpostadas, sem relação objetiva com o "negócio" de fato estabelecido entre as partes interessadas; tudo isso configurado por meio de atos societários sequenciais que, formalizados em diminuto espaço de tempo, carecem de substância econômica ou propósito negocial.

120. Sob o manto de aparente legalidade, integram tal categoria os chamados arranjos societários "forçados ou artificiosos", no que se inclui o ágio produzido internamente ou o "ágio de si mesmo", sem envolvimento e/ou pagamento efetivo de preço a terceiros alienantes. Essa espécie de "negócios combinados" se caracteriza pelo fato de, quase sempre, ser articulada entre sociedades sob "mesmo controle" ou "vontade comum"; objetivando exclusivamente a obtenção de vantagens tributárias.

121. Em tal situação, não se consegue extrair qualquer alteração patrimonial ou geração de riqueza efetiva por parte dos entes envolvidos, se tratando meramente de arranjos societários típicos, cujos efeitos na contabilidade societária já foram há muito fulminados por regras emanadas dos órgãos reguladores e/ou normatizadores da contabilidade empresarial (leia-se, CVM, CPC e Conselho Federal de Contabilidade).

122. Contudo, cabe destacar que, no que tange ao aspecto tributário, continuam inalterados os requisitos e condições "essenciais" que sempre pautaram o instituto da "dedução fiscal do ágio". Assim, a validade da dedutibilidade da amortização do ágio na apuração do lucro tributável das empresas continua dependendo tanto da confirmação das condições jurídicas e dos elementos formais previstos no

DOCUMENTO VALIDADO

normativo tributário, quanto dos aspectos intrínsecos ou subjacentes que levam ao conhecimento da realidade fática motivadora da operação, como também, das características essenciais que credenciam o ágio como fiscalmente dedutível.

123. De forma a não restar, em tal contexto, nenhuma dúvida quanto à lisura e efetivação da finalidade negocial dos eventos societários envolvidos na operação motivadora do ágio, no que se inclui:

> 1) a existência (de fato) das entidades jurídicas envolvidas na operação de que decorrera a segregação contábil do ágio; 2) a relação objetiva dos entes com a operação de investimento em questão, de maneira que se possa facilmente vislumbrar o ônus financeiro de fato suportado pela empresa que se apresenta contabilizando o ágio; e; 3) a existência de lapso temporal - entre a data de constituição das pessoas jurídicas envolvidas na operação de investimento e a data do respectivo evento deflagrador do ágio - em extensão suficiente a empregar razoabilidade negocial aos atos formalizados.

124. Em tal contexto, confirmar a congruência entre forma jurídica e o exercício fático do objeto societário da empresa formalmente constituída, torna-se mais imperativo quando nos deparamos com aproveitamento fiscal de ágio envolvendo operações societárias invertidas ou reversas, tal como definidas. De sorte que, na busca da efetiva incidência tributária, possam ser desprezados atos meramente formais, sem associação a comprovada motivação econômica ou finalidade negocial.

125. Em processo de alinhamento e convergência a padrões de contabilidade já praticados internacionalmente, tivemos as edições das Leis 11.638/07 e 11.941/09, por meio das quais foram introduzidos importantes alterações em nosso sistema de contabilidade societária.

126. Notadamente, no que tange à forma de registro e avaliação de investimentos das sociedades, os quais passaram a ser guiados pela ótica do “valor justo” (ou valor presente), de forma a permitir que as demonstrações patrimoniais e financeiras das entidades passassem a retratar números a valores atuais.

127. Dentre as disposições legais pertinentes a tal alinhamento, encontra-se a confirmação daquilo que conceitualmente a contabilidade societária pátria já vinha aplicando aos fatos envolvendo “ágio em investimentos”; ou seja, a utilização do

DOCUMENTO VALIDADO

princípio de “valor justo”, na valoração dos itens do ativo e passivo da entidade contábil – o que, dentre outros, representou abolir de vez a forma de segregação do ágio ao chamado valor de livro do investimento adquirido; o vinculando, desta feita, ao “valor de mercado” (ou valor justo) dos ativos investidos.

128. Assim, os “ágios contabilizados” que as empresas eventualmente carregavam em seus patrimônios (até 31.12.2008), deixaram de ser amortizados na escrita societária de forma automática; ficando seu valor contábil dependente de teste periódico de avaliação de recuperabilidade (impairment).

129. Para tanto, a nova regra da contabilidade societária exige que seja verificado, de tempo em tempo, se o ativo ainda possui o mesmo valor implícito, podendo o teste resultar, por exemplo, numa baixa contábil do ativo, com efeito direto no resultado societário da empresa (porém, sem qualquer efeito tributário), se verificado que o ativo investido não apresenta mais a expectativa de rentabilidade inicialmente prevista.

130. Dessa forma, o conceito de “ágio”, antes aceito como mero “resultado positivo entre valor pago na aquisição do ativo e o seu valor contábil correspondente sobre o patrimônio líquido da sociedade investida”, se consolidara de vez como sendo a diferença existente entre aquilo que se pagou pelo bem e o seu valor justo no mercado.

131. Ou seja, só depois de trazer o ativo a valor justo (ou valor presente) é que se pode falar em ágio genuinamente suportado (goodwill); ainda assim, para que o mesmo seja amortizado, é preciso testar periodicamente as condições do ativo adquirido, de forma a justificar o custo adicional (ágio/goodwill) suportado quando da aquisição do investimento.

132. A esse entendimento, convergem os “pronunciamentos” advindos do Comitê de Pronunciamento Contábil (em especial o CPC04 e CPC15), pelos quais foram abolidos na escrita societária a amortização linear e automática de ágio motivado por “rentabilidade futura”; na esteira das vedações a amortizações contábeis envolvendo ativos de “vida útil indeterminada”.

DOCUMENTO VALIDADO

133. Nisso, há de ser destacado que entendimentos mais restritivos e conservadores quanto ao conceito e repercussões contábeis do "ágio em investimentos" - notadamente os que fulminam os efeitos contábeis do chamado "ágio interno" ou "ágio de si mesmo" - já vinham sendo adotados pelas áreas técnicas da CVM, representadas, em especial, pelo conjunto de regras envolvendo empresas de "capital aberto", conforme se lê nos textos das Instruções CVM 285/98, 319/99, 349/01, e Parecer de Orientação CVM 37/2011.

134. Por tais instrumentos, a CVM introduziu, então, novo conceito para o "ágio em investimentos", ao defini-lo como sendo a diferença (goodwill) entre o custo do investimento e o valor atual do ativo investido. Cabendo ainda destacar que o início dessa convergência a normas internacionais, no tocante a ágio ou deságio na aquisição de investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial, deu-se já na edição da Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998; quando sentenciou em seu texto que o ágio por rentabilidade futura representa somente aquela parcela que ultrapassa o valor de mercado (valor justo) do "bem" ou "parte" investida.

135. Nessa linha normativa evolutiva da escrituração societária (no que se inclui o tratamento de "ágio em investimentos"), nota-se uma tendência latente em se privilegiar a "essência dos atos sobre a forma", quando da aplicação das regras contábeis a situações concretas – embora não seja este um fundamento contábil novo, já que se encontrava preconizado dentre os princípios emanados do Conselho Federal de Contabilidade desde o final do ano de 1993, quando foi editada a Resolução CFC 750; que assim definira em seu § 2º do artigo 1º.

> Artigo 1º - Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (P.F.C) os enunciados por esta Resolução.
>
> 1º - A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).
>
> 2º - Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade a situações concretas, a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.
>
> A isso soma-se, também, o importante reforço recebido pelo princípio da "essencialidade dos atos" com as disposições contidas em nosso renovado Código

DOCUMENTO VALIDADO

> Civil (Lei 10.406/2002); em sua função de "norma geral" do ordenamento jurídico brasileiro, ao assim dispor em seu artigo 112 (Título I – Do Negócio Jurídico):
>
> "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem".

136. A disposição da norma civilista supracitada representa, para expressiva parcela dos nossos doutrinadores, a tendência "voluntarista" atribuída ao novo código; ou seja, consubstancia uma linha doutrinária cujos seguidores sustentam que a vontade real é o elemento que determina os efeitos jurídicos dos atos e negócios formais. Assim, entende-se que, quando envolvido ato ou negócio jurídico formalizado por determinada pessoa (física ou jurídica), no qual tenha sido possível conhecer a "verdadeira" vontade ("intenção") e identificado eventual conflito entre esta (intenção revelada) e a vontade declarada (manifesta); haverá de prevalecer sempre a primeira (intenção ou vontade real).

137. Sem desprezar o importante reforço trazido pelo alinhamento da nossa contabilidade comercial e/ou societária a padrões internacionais - notadamente quanto aos procedimentos e reflexos de "ágio" e "deságio" na aquisição de investimentos envolvendo sociedades empresariais residentes -; tem-se que o efeito da amortização do ágio segregado pelas pessoas jurídicas no resultado tributável continua balizado pelas normas de antes; as quais, conforme já sublinhado, sempre empregaram neutralidade fiscal a este instituto, quando da apuração do lucro real das pessoas jurídicas. Admitindo-se deduções somente naquelas situações excepcionadas no normativo tributário; notadamente as contidas na Lei 9.532/97, cujo texto introduziu a "amortização antecipada com efeitos fiscais" do ágio segregado em investimentos; quando confirmadas as premissas e/ou requisitos essenciais; no contexto ora exposto.

138. Não há dúvida de que o texto atual de regência da metodologia contábil das chamadas "sociedades por ações", ao consagrar o conceito de "valor justo" ou "valor presente" para os ativos e passivos, acabou por estreitar a margem de que fazia uso determinados contribuintes em "fabricar" e registrar "ágios" em suas contabilidades, buscando tão somente a obtenção de vantagens tributárias adiante, sob o manto de aparente legalidade. O que não deixa de ser um importante reforço

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

às normas fiscais, que, como dito, sempre trataram a repercussão de tal instituto como excepcionalidade na apuração do resultado tributável das pessoas jurídicas.

139. Para tanto, e sem que seja dispensada concomitante análise fiscal quanto à essencialidade dos atos à luz do normativo tributário e do contexto ora exposto, entende-se que a dedutibilidade fiscal de ágio baseado em rentabilidade futura passa pela confirmação das condições a seguir elencadas:

> Existência de laudo (ou documento equivalente), arquivado como "demonstração" do ágio suportado pela parte investidora sobre a parte investida; de autoria técnica e isenta, e conteúdo suficiente a motivar o pagamento de valor adicional (ágio) sobre o investimento adquirido, em relação ao seu valor representativo na contabilidade da parte investida.
>
> Existência de efetivo pagamento de preço a terceiros alienantes, pelo investimento adquirido, no qual esteja contemplado o custo total da aquisição, incluída a parcela de ágio; cujo ônus financeiro tenha recaído (de fato) sobre o adquirente que contabilizara o investimento originário do ágio.
>
> Existência de documento contendo os elementos justificadores do ato/evento societário de "incorporação", a partir do qual se deflagrara a amortização do ágio.
>
> Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data de ocorrência do evento deflagrador de sua amortização fiscal ("incorporação/cisão/fusão"); suficiente a empregar razoabilidade aos atos e eventos societários formalizados, frente à realidade negocial.
>
> Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas envolvidas na formalização do ágio, com autonomia administrativa das partes e respectivo histórico operacional a materializar suas constituições formais e objetos societários.

140. Impera destacar que tais itens não configuram exigências novas ou requisitos adicionais à dedução fiscal do ágio, e sim, um detalhamento lógico e intrínseco daquilo que está insculpido no normativo tributário regente; na linha do que tem sido inclusive replicado nos acórdãos emitidos pelas instâncias julgadoras do nosso contencioso fiscal, conforme demonstrado nos comentários a seguir listados, aproveitando-se o texto original das "ementas" mais recorrentes em tais decisões.

141. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (Premissas presentes em ementas de vários julgados recentes do CARF, a envolver deduções suscitadas pelos contribuintes a

título de “ágio fiscal”; sendo, pois, manifestações baseadas nos dispositivos legais pertinentes ao instituto, e, bem assim, naquilo que se encontra regulamentado nos artigos 385 a 387 do RIR/99).

142. O efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio. Trata-se, pois, de importe premissa ao reconhecimento de ágio, que vem sendo reiterada em diversas decisões administrativas. Uma vez que afronta a essência normativa de tal instituto tributário imaginar que o ônus financeiro suportado - representado pelo “efetivo pagamento” de determinada aquisição envolvendo ágio – possa recair sobre pessoa jurídica distinta daquela que se apresenta (“formalmente”) ao fisco, contabilizando um valor adicionalmente suportado (ágio) no investimento. Como lhe afronta, também, a constatação de que um dispêndio atribuído à aquisição do investimento não se qualifica como “pagamento de preço a terceiros alienantes”.

143. Ou seja, que não representa uma contraprestação efetiva, transferida a terceiro alienante, autônomo e não vinculado ao próprio adquirente/investidor. Do contrário, o texto normativo estaria apto a validar fiscalmente todo e qualquer tipo de arranjo negocial e de natureza constitutiva das “partes envolvidas”, que resultasse em “ágio formalizado”.

144. A realização das operações originais entre partes não ligadas. Dado que operações realizadas entre “partes não ligadas” pressupõem, indubitavelmente, independência negocial, com existência fática e autônoma das pessoas jurídicas envolvidas numa negociação efetiva, originária de ágio. Uma vez que se torna impossível dissociar “realização de operações originais” da constatação de uma “combinação genuína de negócios”, cuja efetiva consecução importa em: (a) pessoas jurídicas residentes (existentes de fato), com autonomia administrativa e independência negocial – aptas, portanto, à prática de atos societários legítimos e necessários à consecução do objeto negocial estabelecido; (b) existência comprovada (documental) dos elementos justificadores dos eventos societários formalizados (“incorporação/cisão/fusão”) – a partir dos quais se deflagra a amortização fiscal do “ágio amortizável” ; e (c) lapso temporal condizente entre a segregação inicial do “ágio” e a data do evento societário “deflagrador” da sua

DOCUMENTO VALIDADO

dedução “fiscal” - em extensão suficiente a conferir razoabilidade e substância negocial aos atos e eventos societários formalizados.

145. Seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Observa-se que tal premissa, replicada em decisões do CARF. Dado que a demonstração de “lisura na avaliação da empresa adquirida e da expectativa de rentabilidade futura”, como parte dos fundamentos legítimos a levar determinada empresa operativa a investir em ativos de outra (pagando por isso valor superior ao que se encontra contabilizado nos livros da adquirida), passa pela existência comprovada de documento (como “laudo”, ou demonstrativo equivalente), de confecção idônea, técnica e isenta; no qual estejam reunidos e demonstrados os elementos e projeções sobre a “parte investida”, suficientemente apta a motivar tal decisão.

146. Portanto, na ausência de tais elementos na composição de determinado ágio destacado na contabilidade, haverá de ser glosado o seu efeito fiscal sobre a base tributável daquela empresa que dele se aproveita, mediante competente lançamento de ofício. Nessa situação, incorrem os ágios moldados por atos formais, que se revelam exclusivamente voltados à obtenção de vantagens tributárias; mediante “artifícios” variados, no que se incluem: as práticas de interposição de empresas efêmeras (ou inexistentes de fato); ou aquelas que se utilizam de pessoas jurídicas meramente “formais” na operação de investimento sem que, de fato, tenham suportado o ônus (custo) financeiro decorrente da aquisição; , ou às quais tenham sido atribuídos atos formais que não se confirmam na pratica; ou cujos objetivos societários declarados em documentos de constituição revelam-se conflituosos naquilo que é motivo aparente e finalidade alcançada na operação; ou mesmo, desnecessários àquilo que de fato almejaram as partes negociais efetivamente envolvidas na operação originária do ágio suscitado.

147. Conforme se depreende da “ementa” seguinte, extraída de decisão proferida pelo CARF, o simples registro contábil ou a formalização de atos societários não implicam em direito automático à dedução fiscal do ágio, devendo haver sempre

DOCUMENTO VALIDADO

uma causa legítima que lhe motive, dentro de uma realidade a ser conhecida e interpretada:

> Quando se fala em registro contábil do ágio é preciso ter presente que "a contabilidade não é uma verdade em si mesma, mas instrumento para que uma realidade externa a ela seja conhecida e interpretada." Com base nesta premissa, feito o registro contábil, cabe ao operador do direito buscar a causa para verificar se o ágio registrado na contabilidade existiu ou não. (Acórdão 1402001.298; CARF – 4ª Câmara/2ª Turma).

148. Nesse sentido, glosas a deduções de ágios "forçados" na apuração do lucro real têm sido frequentes em procedimentos fiscais nos últimos anos, em variadas questões envolvendo este instituto, cujas "indedutibilidades" vêm sendo confirmadas pelos órgãos julgadores do nosso contencioso administrativo-tributário. Decisões de casos concretos, nas quais se tem observado uma tendência em valorizar mais a essência dos atos do que a forma pura dos mesmos; na linha do que já se encontra consagrado nas regras da contabilidade societária, conforme se extrai das ementas ora transcritas (grifei).

> Acórdão: 1101000.942 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – (setembro de 2013) TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.
>
> MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.
>
> Em vista da prática de ato com evidente intuito de reduzir o montante do Imposto devido, está correta a aplicação da multa de 150%.
>
> Acórdão: 1402001.180 -CARF- 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária (set.2012) AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado "ágio de si mesma", cuja amortização é vedada, haja vista que não encontra respaldo nas normas tributárias e fere um dos princípios

DOCUMENTO VALIDADO

básicos do IRPJ/CSLL, qual seja: a incidência sobre o lucro efetivamente auferido, sendo que no caso em questão essa prática ocorreu.

149. Destarte, não há como se admitir, na apuração da base tributável de contribuintes sujeitos a lucro real, deduções atribuídas a "ágio" artificiosa e forçosamente gestadas entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente ligadas. Ou mesmo entre partes não ligadas; quando revelado que a empresa que dele se aproveita, o fez em circunstâncias e formas que ignoram a essência deste instituto, ou exorbitam os limites do normativo regente.

149. Fixadas as premissas quanto a amortização fiscal do ágio, retomemos a análise fática, dos elementos e circunstâncias que envolveram a configuração do "ágio" e sua amortização por parte da ora recorrente, cujos valores vêm sendo computados como dedução na apuração da sua base tributável de IRPJ a título de "amortização de ágio", na apuração do lucro real dos anos calendários de 2016 a 2019.

150. Nesse aspecto, a possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo tem sido assunto recorrente no âmbito do contencioso administrativo tributário, inclusive com diversas manifestações da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, entre os quais cito o acórdão n. 9101-006.486 proferido no processo n. 16561.720180/2014-38, de 07/03/2023:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). O uso de holding (ou

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes. TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE. A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.
>
> Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria "multa qualificada"; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. (documento assinado digitalmente) Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Luis Henrique Marotti Toselli – Relator (documento assinado digitalmente) Livia De Carli Germano– Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

151. Na ocasião, o Conselheiro Luís Toselli em seu voto assim se posicionou:

> Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa

ou fraudulenta ou inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.

Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que uma requalificação jurídica fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.

152. Mais recentemente, o Eminente Ministro Gurgel de Faria, ao julgar o REsp 2.026.473, assim esposou o seu posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "indedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

DOCUMENTO VALIDADO

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram

DOCUMENTO VALIDADO

atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

153. Desta feita, o Eminente Ministro assevera, com a indispensável clareza, que:

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A "empresa-veículo" geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida ("empresa alvo"), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

A "empresa-veículo" é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na "empresa-alvo" ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A "empresa-veículo" é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A "empresa-veículo" é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A "empresa-veículo" possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022). (grifo nosso)

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

DOCUMENTO VALIDADO

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012) Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc. Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei n° 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei

DOCUMENTO VALIDADO

> 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).
>
> Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.
>
> O mais importante, nessas situações, é investigar se:
>
> Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?
>
> [...]
>
> Há efetiva aquisição/alienação de participação societária? (DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

154. Por fim, colaciono a posição sustentada pelo Eminente Ministro Franciso Falcão, REsp. 2.152.642 – RJ, que vedou a amortização fiscal do ágio especificamente nas situações em que a empresa tem existência apenas formal, servindo somente para trânsito do ágio, sem real operacionalidade:

> EMENTA TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997.
>
> DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.
>
> II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa

DOCUMENTO VALIDADO

investida refletem no aumento do patrimônio da investidora. Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito negocial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos.

Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma.

Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades

DOCUMENTO VALIDADO

empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular. Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado "abuso no exercício de direitos". Veja-se que o manejo das expressões não é mero logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado "abuso da personalidade jurídica", que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontre caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica. Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada "empresa veículo", cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há "empresa" nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio códex de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da "função social da empresa" como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.
>
> X - Sob essas lentes, data vênia, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos.
>
> É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira "casual". O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o *rule of law*, consagrado no Texto Constitucional como o chamado "devido processo legal substantivo".
>
> XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito nº caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.
>
> XII - Recurso especial provido.

155. Na instância administrativa, no âmbito deste Tribunal e, em especial da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), relata a Conselheira Maria Carolina Maldonado Kraljevic, a vigência de três correntes acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio com utilização de "empresa-veículo": a primeira, que entende pela impossibilidade absoluta de amortização fiscal do ágio; a segunda, que reconhece a possibilidade de amortização a depender das circunstâncias do caso concreto; e a terceira, que quase sempre admite a amortização fiscal do ágio.

156. Os defensores da primeira corrente examinam a amortização fiscal do ágio, a princípio, a partir da regra geral de dedutibilidade, contida no artigo 47 da Lei nº 4.506/1964, e concluem que, nas "operações especialmente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo", as despesas não dispõem dos atributos de normalidade ou usualidade exigidos pela legislação.

157. Em seguida, com base nos artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/1997, entendem que a norma "se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição", de forma que a confusão patrimonial entre a "empresa-veículo" e a investida não se subsome à hipótese prevista pelo legislador. Ou seja, ainda que a "empresa-veículo" não seja uma empresa de papel, os adeptos à primeira corrente mantêm a glosa da despesa com ágio com base na denominada "tese do real adquirente".

158. Para os defensores da terceira corrente, o planejamento tributário, assim entendido como a tentativa legítima de buscar economia de tributos, somente não será oponível ao fisco quando comprovada a ocorrência de simulação ou fraude. Na análise da artificialidade da "empresa-veículo" exigida pela simulação, parte-se da premissa de que as holdings são sociedades que têm por objeto a participação em outras empresas, como autoriza o §3º do artigo 2º da Lei nº 6.404/1976, de forma que, ao contrário do que ocorre com empresas industriais, comerciais ou prestadoras de serviço, que exigem perenidade e estrutura física e operacional, "a prova da existência e objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios".

159. Diante disso e, considerando que não há na legislação proibição à utilização de empresas holding para adquirir investimentos com ágio, concluem os julgadores dessa corrente, pela sua amortização fiscal desde que comprovada a existência da "empresa-veículo" a partir de seus atos constitutivos, pouco importando eventual duração efêmera ou inexistência de funcionários, registros contábeis ou outras operações.

DOCUMENTO VALIDADO

160. Já no que se refere à exigência de confusão patrimonial entre a "real investidora" e a investida, os adeptos da terceira corrente ressaltam que o artigo 7º da Lei n° 9.532/1997 faz referência àquele que "detém" a participação societária adquirida com ágio – e não ao supridor dos recursos – e, assim, a "real investidora" é a pessoa jurídica que recebe o bem em troca do pagamento do preço, que, no caso, pode ser uma "empresa-veículo".

161. Ainda nessa corrente, há quem defenda que, embora a utilização de "empresa-veículo" seja possível, já que "a integralização de capital em empresa dita 'veículo' faz com que os valores integralizados passem a pertencer a tal empresa", é preciso que a aquisição da participação societária tenha sido efetivamente realizada por essa pessoa jurídica – e não por sua controladora.

162. Por exemplo, no acórdão nº 9101-006.787, de 06.11.2023, deu-se provimento ao recurso especial do contribuinte, por maioria, sendo que três conselheiros acompanharam integralmente o voto do relator, adepto da terceira corrente, e dois o fizeram pelas conclusões, sendo que um deles apresentou declaração de voto indicando sua filiação à segunda corrente, aduzindo que a "empresa-veículo" ficou ativa durante dois exercícios, manteve contas bancárias e reconheceu receitas financeiras, além daquelas decorrentes do investimento adquirido com ágio, o que demonstra sua existência de fato. No que se refere à utilidade da "empresa-veículo" no negócio, entendeu-se que "inexistindo qualquer elemento e mesmo acusação direta de que tal pacto teria sido simulado, descabe ao Fisco questionar a estrutura negocial adotada para afastar seus efeitos fiscais".

163. Especificamente no que se refere à aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro, existem algumas circunstâncias específicas que, quando presentes, levam os julgadores do Carf a autorizar amortização fiscal do "ágio empresa-veículo".

164. No Acórdão nº 9101-006.940, de 07.05.2024, por exemplo, por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Um dos conselheiros, responsável pela formação da maioria, acompanhou o relator pelas conclusões e apresentou declaração de voto evidenciando sua adesão à segunda

DOCUMENTO VALIDADO

corrente. As peculiaridades fáticas que levaram o julgador a assim decidir foram, em resumo, as seguintes: (1) ausência de acusação fiscal de inexistência de fato ou existência simulada da "empresa-veículo", em que pese sua curta duração; (2) registro contábil de receita financeira e despesas bancárias, fiscais e de assessorias jurídica, suportadas e pagas com recursos próprios da "empresa-veículo"; e (3) existência de outras pessoas jurídicas controladas pelo investidor estrangeiro, que poderiam realizar a aquisição da participação societária com ágio com os mesmos efeitos fiscais.

165. Da mesma forma, no Acórdão nº 9101-007.053, de 09.07.2024, os julgadores, por maioria, votaram por dar provimento ao recurso especial do contribuinte, sendo que os dois conselheiros acompanharam o voto vencedor pelas conclusões. Nos termos da declaração de voto apresentada por um deles, a acusação de fraude e simulação trazida pela Autoridade Fiscal foi rechaçada tanto pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ), como pela Turma Ordinária do Carf, não subsistindo no plano jurídico. Além disso, a efemeridade da "empresa-veículo" não importou ao julgador, tendo em vista que sua utilização foi neutra do ponto de vista tributário, já que o investidor estrangeiro já atuava no Brasil por meio de uma empresa operacional e o mesmo resultado seria alcançado na hipótese de a aquisição da participação societária se dar por tal pessoa jurídica.

166. Por outro lado, no Acórdão nº 9101-006.897, de 03.04.2024, concluiu-se pela impossibilidade de amortização fiscal do ágio em operação de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro com uso de "empresa-veículo". Isso porque, nos termos do voto do relator, (1) todas as negociações para a aquisição da participação societária foram realizadas pelo investidor estrangeiro; (2) os grupos estrangeiros contrataram a confecção do laudo da empresa alienada; (3) os recursos advindos do exterior permaneceram por menos de um dia na "empresa-veículo" e foram repassados à alienante na forma de "antecipação contratual"; (4) a "empresa-veículo" somente foi formalizada no momento da assinatura do contrato de compra e venda; e (5) inexistia qualquer óbice operacional, regulatório ou financeiro que tornasse necessária a constituição da "empresa-veículo".

DOCUMENTO VALIDADO

167. Por fim, no Acórdão nº 9101-006.789, de 06.11.2023, negou-se provimento ao recurso especial do contribuinte por voto de qualidade, nos termos do voto da relatora. No entanto, dois julgadores a acompanharam pelas conclusões e, da declaração de voto apresentada por um deles – que, frise-se, segue a segunda corrente – se extrai que tal conclusão decorreu da constatação de que a "empresa-veículo foi inserida nas operações apenas no papel", vez que (1) os recursos provenientes da controladora no exterior foram imediatamente repassados aos vendedores, não havendo que se falar na necessidade de disponibilidade de recursos no país; (2) inexistem provas de que a "empresa-veículo" tenha participado das negociações para a aquisição da participação societária e os prazos envolvidos evidenciam que não houve, de fato, qualquer atuação; (3) a duração da "empresa-veículo" foi efêmera e nela não há registros contábeis comuns a qualquer tipo de empresa; e (4) não foram comprovadas as alegadas situações que justificariam o emprego da "empresa-veículo".

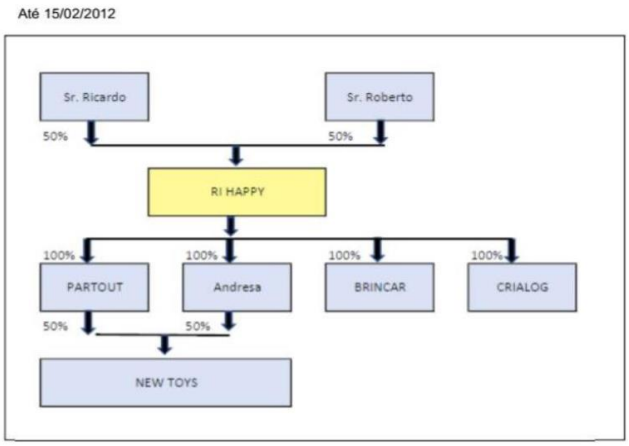
168. Dito isso, a partir da análise das decisões proferidas pelo STJ e pela 1ª Turma da CSRF do Carf, pode-se concluir que há um alinhamento entre os órgãos com relação ao entendimento de que, desde que não haja **artificialidade na operação**, não existe impedimento apriorístico à amortização fiscal do ágio com emprego de "empresa-veículo", devendo ser examinadas as peculiaridades de cada caso.

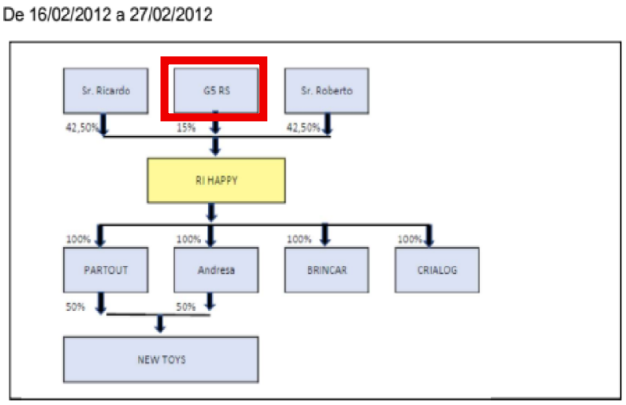
169. No caso em tela, a partir das premissas supracitadas, devemos considerar se a empresa **ANDRESA**, ou à luz da fiscalização, "empresa de prateleira", de fato, exercia alguma função extra tributária; em qual circunstância a mesma foi inserida na estrutura empresarial, sobretudo no tocante ao processo de reestruturação societária. Para isso, se faz necessário a cronologia dos fatos.

170. A **RI HAPPY BRINQUEDOS LTDA** foi fundada em 1988 e, em janeiro de 2012, era controladora das seguintes empresas: **PARTOUT, ANDRESA, BRINCAR, CRIALOG E NEW TOYS**. Em 29 de junho de 2011, a **RI HAPPY** ingressa como única acionista da **ANDRESA**. Em 30 de janeiro de 2012, ocorreu a transformação de tipo societário da **RI HAPPY BRINQUEDOS LTDA** para **RI HAPPY BRINQUEDOS S.A**.

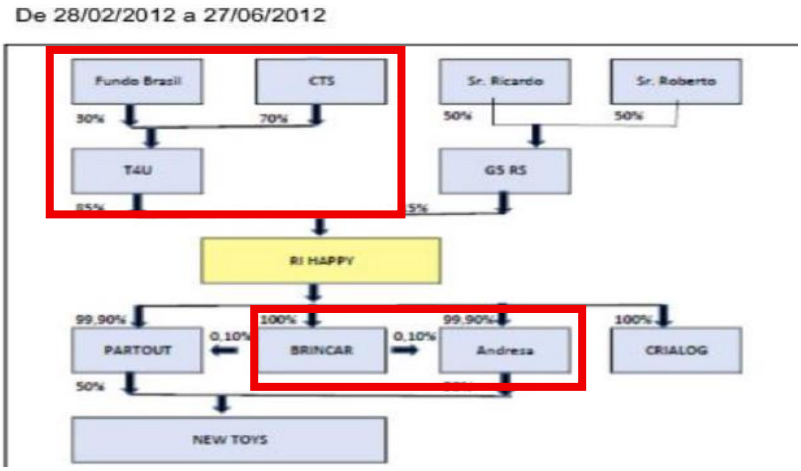
DOCUMENTO VALIDADO

171. Em 23 de fevereiro de 2012, a **RI HAPPY** transfere 1 quota da **ANDRESSA PARTICIPAÇÕES** à **BRINCAR MARCAS E PARTICIPAÇÕES LTDA**. Veja que a **RI HAPPY** detinha o controle da **ANDRESA**.





172. No dia 28 de fevereiro de 2012, houve o fechamento do Contrato de Compra e Venda de 85% ações da **RI HAPPY**, para **T4U PARTICIPAÇÕES S/A**, com recursos advindos do **GRUPO CARLYLE**.



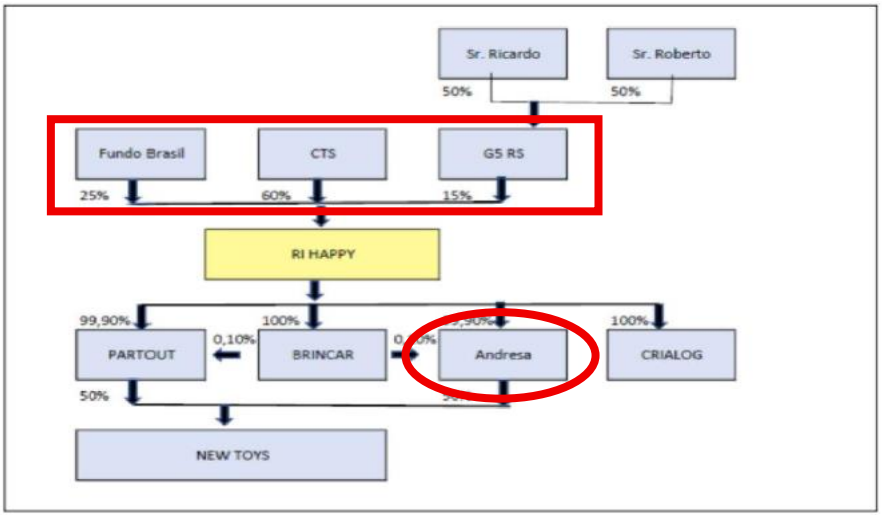
173. Em 28 de maio de 2012, a **ANDRESA** celebrou Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças (“CCV”) com os Vendedores, tendo por objeto a aquisição de 100% das quotas representativas do capital da **PBKIDS HOLDING**. A **PBKIDS HOLDING** era a sociedade holding que detinha participação na **PBKIDS BRINQUEDOS** e na **PBKIDS.COM**. Antes do fechamento desse negócio, o **GRUPO CARLYLE** (por meio dos fundos CTS e FUNDO BRASIL, e ingresso na empresa **T4U I**) fez aporte na **RI HAPPY**.

174. Em 27 de junho de 2012, em uma operação de incorporação inversa, a **T4U** foi incorporada pela **RI HAPPY**, sendo controlado pelo **FUNDO BRASIL, CTS, G5RS**.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

De 28/06/2012 a 26/08/2012

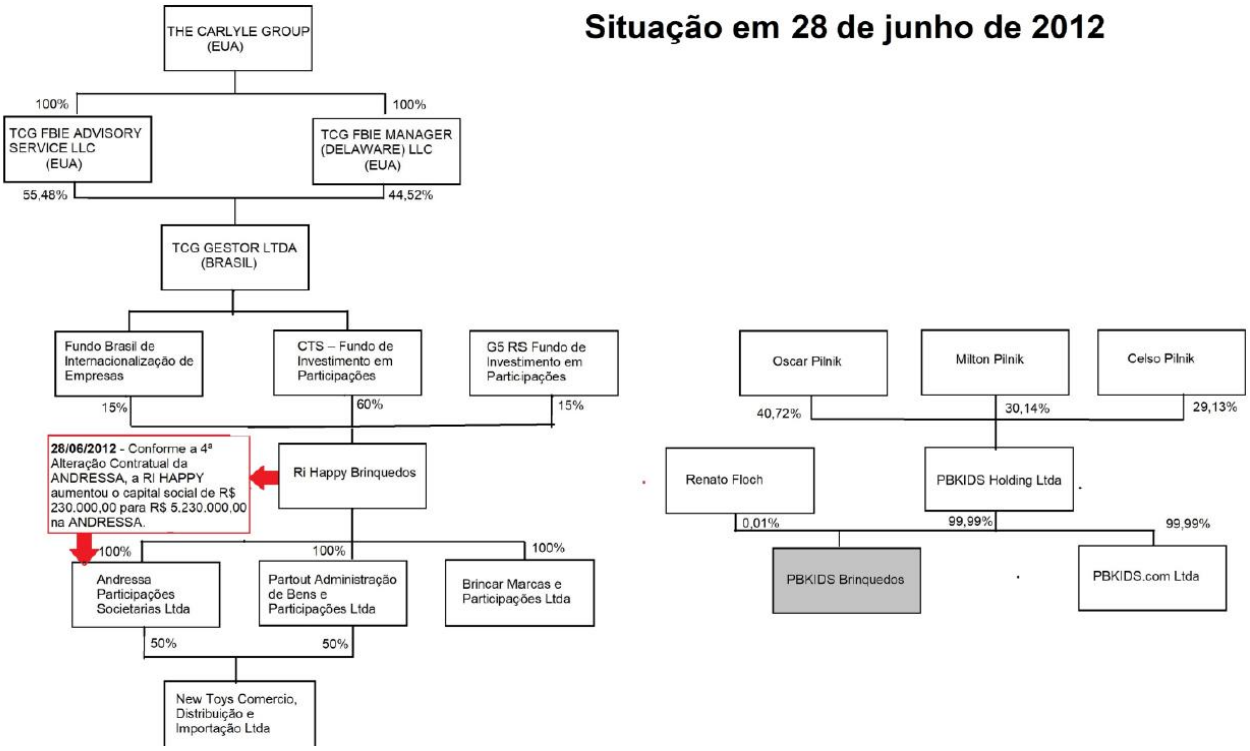


175. Em seguida, no dia 28 de junho de 2012, a **RI HAPPY** fez um aporte na **ANDRESA**, seguido de outros dois, um no dia 28 de agosto de 2012 e, por fim, outro em 31 de novembro de 2012.

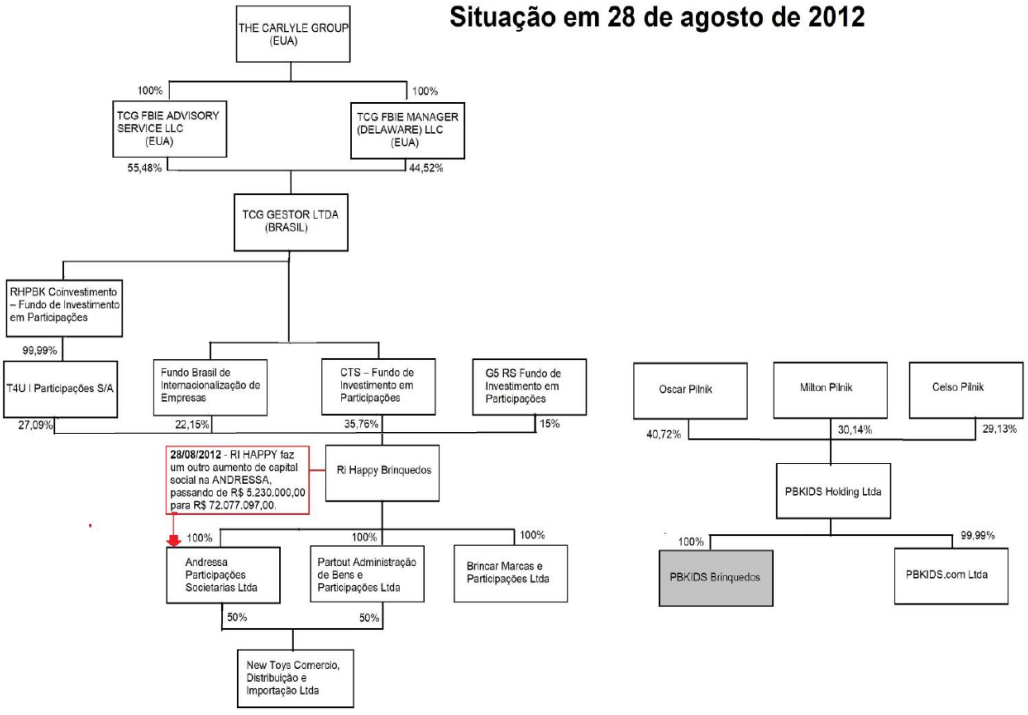
176. Destaca-se, no exercício de 2008 a 2012, o fato da empresa **ANDRESA** não ter tido qualquer receita declarada, ou melhor, apresentou receita zerada; sem qualquer movimentação operacional, inexistindo empregado registrado em seu quadro de pessoal e não ter efetuado nenhum tipo de pagamento a título de remuneração a trabalhadores/empregados/colaboradores.

DOCUMENTO VALIDADO

Situação em 28 de junho de 2012



Situação em 28 de agosto de 2012



177. No entanto, em 31.08.2012, como num passe de mágica, a empresa **ANDRESA** adquiriu a totalidade da **PBKIDS HOLDING LTDA**, controladora da **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA** e, em contrapartida, à aquisição das quotas, tendo a **ANDRESA**

pago a **PBKIDS HOLDING LTDA** o montante de R$ 183.897.087,00, da seguinte forma (i) Sinal: **R$ 5.000.000,00**; (ii) Data do Fechamento: **R$ 66.847.097,00**; (iii) Ajuste do Preço: **R$ 92.050.000,00** retido pela **ANDRESA**; (iv) Earn Out: R$ **20.000.000,00**.

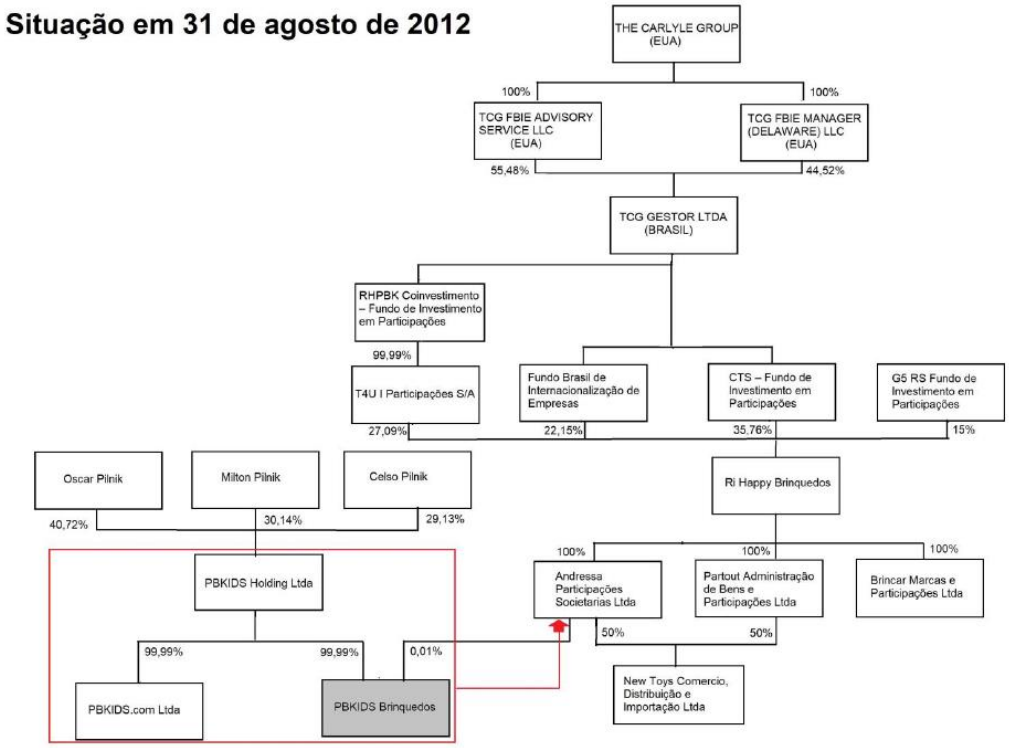
178. Destaca-se na cláusula "9.3", que a **RI HAPPY**, além de ser a fiadora formal, seria a empresa que quitaria a aquisição da **PBKIDS HOLDING** pela **ANDRESA**. Nesse sentido, é possível constatar, com o próprio Contrato de Compra e Venda celebrado pelo **GRUPO CARLYLE**, que a **RI HAPPY** figurou como efetiva adquirente da **PBKIDS HOLDING**.

179. Sublinho as cláusulas contratuais supracitadas:

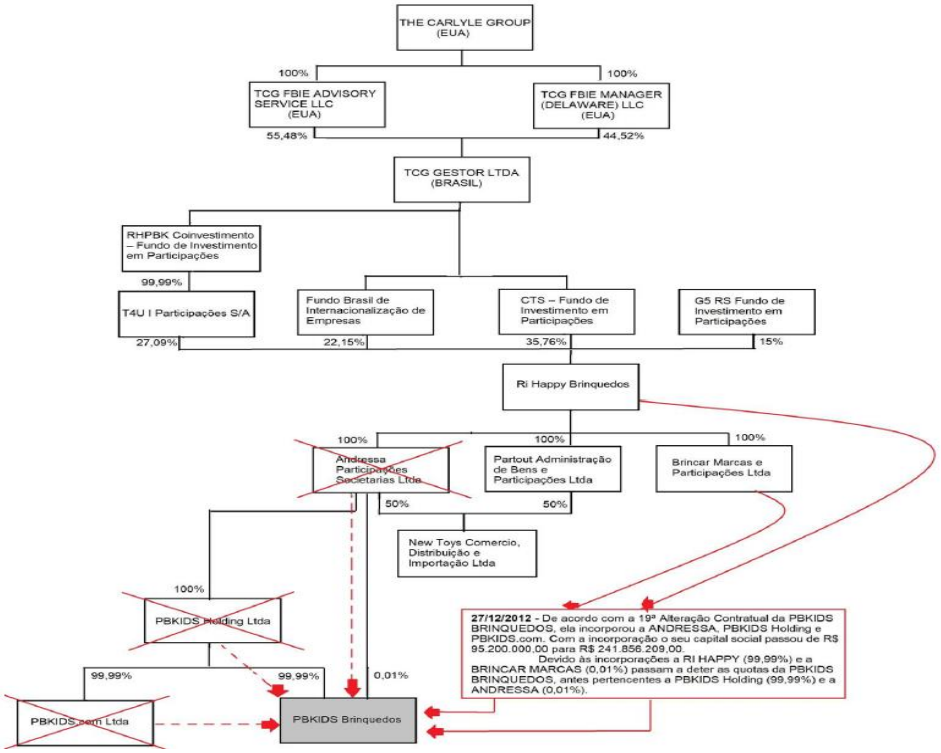
> 9.2. Alienação Fiduciária de Ações.
>
> Como garantia de pagamento do Valor Retido, os acionistas da Garantidora constituirão, na Data de Fechamento, em favor dos Vendedores, alienação fiduciária cm garantia de 43.531.177 (quarenta e cinco milhões quinhentos e trinta e um mil e cento e setenta e sete) ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal de emissão da Garantidora ("Ações Alienadas"), de acordo com contrato de alienação fiduciária de ações, na forma da minuta anexada a este Contrato como Anexo 9.2 ("Contrato de Alienação Fiduciária").
>
> Na Data de Fechamento, assumindo que tenha sido realizado um aumento de capital no valor de R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) com a emissão de aproximadamente 77.027.356 (setenta e sete milhões, vinte e sete mil, trezentas e cinquenta c seis) novas ações, as Ações Alienadas representarão aproximadamente 23% (vinte e três por cento) do capital social total e votante da Garantidora, e terão valor equivalente a aproximadamente R$ 145.665.000,00 (cento e quarenta c cinco milhões, seiscentos c sessenta c cinco mil reais).
>
> (...)
>
> 9.3 Garantidora.
>
> A Garantidora celebra este Contrato na qualidade de fiadora e **principal pagadora**, **solidariamente responsável por todas e quaisquer obrigações da Compradora perante os Vendedores assumidas neste Contrato e seus Anexos, perdurando a sua responsabilidade até a extinção de tais obrigações**. A Garantidora expressamente renuncia aos benefícios consubstanciados nos artigos 827, 835, 837, 838 e 839 do Código Civil. (grifo nosso)

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

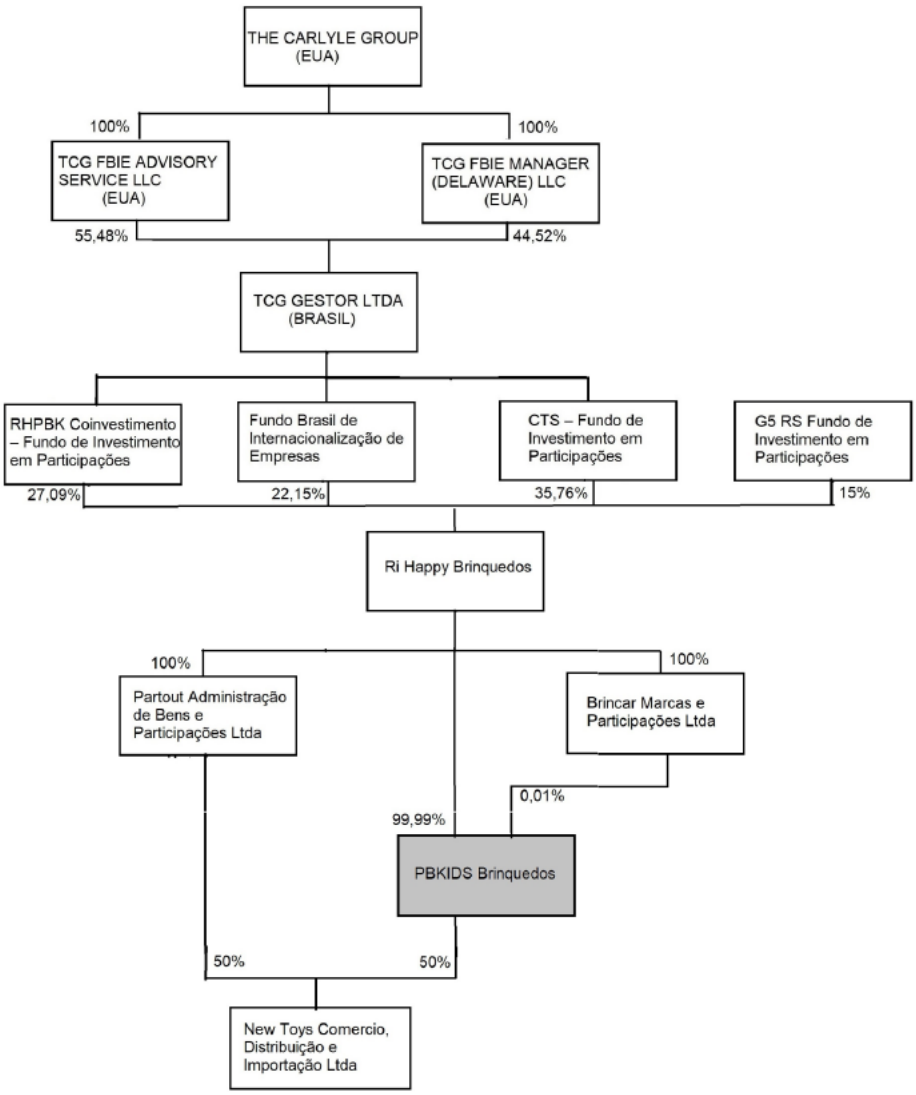


180. Na sequência, em 27/12/2012, a **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA** (com 0.10% das ações), incorporou a **PBKIDS HOLDING** e a **ANDRESSA PARTICIPAÇÕES** (incorporação reversa);



181. Com a aquisição do investimento na **PBKIDS HOLDING** em 31.8.2012, a **ANDRESA** passou a ser legalmente obrigada a avaliar seu investimento na investida segundo o método da equivalência patrimonial (conforme 20 do DL 1.598/77, isto é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de PL; e (ii) ágio. Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor e, considerando que o valor da **PBKIDS HOLDING** era de R$ - 107.992.868,39, a **ANDRESA** apurou ágio no montante de R$ 220.875.550,83.

182. Em 28/11/2013, menos de um ano após, a **T4UI** foi incorporada de forma reversa pela **RI HAPPY**, restando como seus sócios o **FUNDO BRASIL, a CTS e a G5RS**.



DOCUMENTO VALIDADO

Original

183. Ao final, em que pese a **RI HAPPY** ter figurado como garantidora formal pelo cumprimento das obrigações assumidas pela **ANDRESA**, constatou-se que a real adquirente do investimento foi a própria **RI HAPPY**, pois, a **ANDRESA** não detinha nenhum recurso necessário e suficiente, para se valer da condição de empresa, cuja atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços era inexistente.

184. Vejam, a mesma só voltou a exercer alguma atividade, a partir dos aportes realizados em 2012 pela própria **RI HAPPY.**

185. Ademais, a **RI HAPPY** era a principal pagadora, solidariamente responsável por todas e quaisquer obrigações da Compradora perante os Vendedores assumidas naquele Contrato e seus Anexos, perdurando a sua responsabilidade até a extinção de tais obrigações.

186. De fato, a empresa **ANDRESA** era formalmente constituída, tendo os seus atos constitutivos devidamente registrados na JUCESP (e-fls. 2.951-2.960), se inscreveu regularmente no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (e-fls. 192-195); e seu objeto social estabelecia, de forma expressa, que o objetivo da sociedade era o de deter participação societária em outras sociedades na qualidade de sócia, acionista ou quotista (e-fl. 192). No entanto, o que de fato se viu, foi o ágio sendo transferido da **RI HAPPY** para **ANDRESA**, da **ANDRESA** ou da **PBKIDS HOLDING** para a **PBKIDS BRINQUEDOS**, que não é a investida de fato e nem a investidora.

187. Destaco, ainda, que, em 28/06/2012, a **RI HAPPY** aumentou o capital social da **ANDRESA** de **R$ 230.000,00** para **R$ 5.230.000,00**. Por "coincidência", o valor aportado de **R$ 5.000.000,00** correspondia exatamente ao valor devido aos sócios da **PBKIDS HOLDING** para a assinatura do contrato preliminar e tal documento não foi encontrado ou juntado.

188. Na sequência, em 28/08/2012, consoante a 5ª alteração contratual da **ANDRESA**, houve novo aumento do capital em **R$ 66.847.097,00**, com subscrição e integralização pela **RI HAPPY**, passando ao patamar de **R$ 72.077.097,00**. Mais uma vez, por "coincidência", os recursos providos correspondem ao montante que a

DOCUMENTO VALIDADO

ANDRESA deveria pagar em 31/08/2012 à **PBKIDS HOLDING, justificando** o fechamento do negócio firmado no contrato preliminar (2ª parcela contratual);

189. Por fim, em 30/11/2012, conforme 6ª alteração contratual da **ANDRESA**, a **RI HAPPY** fez novo aumento do capital social da **ANDRESA,** no importe de **R$ 85.200.000,00**. Como destacado na autuação, este valor ingressou inicialmente como AFAC pela **RI HAPPY**, em doze datas diferentes, de 03/09/2012 a 25/10/2012, de modo que, em 27/12/2012, a **ANDRESA** foi incorporada pela recorrente, ou seja, a **PBKIDS BRINQUEDOS**.

190. Diante do exposto, é facilmente identificado que a **ANDRESA** foi inflada pela **RI HAPPY** de forma a esta ter recursos suficientes para realizar a "aquisição" da **PBKIDS HOLDING**, indicando claramente que o real investidor foi a **RI HAPPY**, que poderia ter feito a aquisição diretamente sem a intermediação da **ANDRESA**, cujo aumento de capital foi de mais de 68.200%.

191. Quanto ao laudo de avaliação da **PBKIDS HOLDING**, a recorrente informou que a avaliação econômica para venda da **PBKIDS HOLDING** foi baseada, indiretamente, no Relatório de Avaliação Econômico-financeira da **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA**, com data base de 31 de agosto de 2012, produzido pela DELOITTE TOUCHE TOHMATSU CONSULTORES LTDA, CNPJ 02.189.924/0001-03, a pedido da **ANDRESA**, sendo que a data de entrega foi 10 de abril de 2013.

192. Nesse ponto, a fiscalização apontou inconsistência no tocante à sua data de elaboração, que seria posterior à aquisição da **PBKIDS HOLDING LTDA**., uma vez que no Laudo consta apenas a avaliação da **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA**. e não da **PBKIDS HOLDING**.

193. Neste aspecto, entendo que, quanto ao prazo, ainda que tal fato fosse apreciado segundo à Lei 12.973/14, o prazo do laudo estava dentro do prazo previsto dos 13 meses. Não obstante, ao apreciar a matéria na perspectiva da legislação anterior vigente à época dos fatos, as legislações societária e tributária não estabeleciam nenhum prazo para a elaboração de laudos de avaliação, o que não caberia a este relator, questionar tais aspectos ao aludido laudo.

DOCUMENTO VALIDADO

194. No entanto, ressalto que, embora o laudo não tenha um prazo fixado, não é crível que uma empresa realize um contrato para investimento em ações de outra empresa em um montante considerável com base em uma possível rentabilidade futura, sem que tenha sido feito qualquer estudo que ampare esta projeção. Aqui, não se discute a validade ou não de um laudo, mas sim a necessidade para atender o objeto negocial da operação.

195. Além do laudo, outros requisitos necessários para a comprovação da despesa é a comprovação do pagamento, a regularidade dos registros e os motivos suficientes, fatos que serão apreciados na sequência.

196. No tocante ao efetivo pagamento da operação e os respectivos comprovantes de pagamento do preço (e-fls. 1.722 – 1.882), tem-se que apenas 58% do preço pago foi comprovado. No entanto, ao verificar alguns comprovantes de pagamentos, o que se constata é que diversos ocorreram a partir de 07/03/2013, destinados aos antigos sócios da **PBKIDS HOLDING**, ou seja, não comprovando os pagamentos em relação ao ano de 2012.

197. Ainda assim, a norma expressamente trata de pessoa jurídica investidora e não da pessoa física (sócia ou investidor de fundos), cujos pagamentos foram destinados. Desta forma, não poderia ser diferente, pois a pessoa jurídica tem personalidade própria, distinta da do seu sócio, bem assim devendo observar à própria autonomia patrimonial.

198. É a pessoa jurídica, por meio de seu representante, que adquire o investimento, passando este a integrar o seu universo patrimonial e foram as pessoas físicas que receberam os recursos;

199. Soma-se a constatação supracitada, que ao cotejar os pagamentos com os aspectos contábeis da empresa **ANDRESA**, a fiscalização não os identificou, nem mesmo no período anterior a incorporação, o que deixou de evidenciar, portanto, a contabilização da aquisição da **PBKIDS HOLDING** e suas controladas.

DOCUMENTO VALIDADO

200. Ou ainda, não foi apresentado à contabilidade societária e fiscal da **ANDRESA PARTICIPAÇÕES**, mesmo sendo intimada e reintimada para apresentar, o que causa certa estranheza.

201. Em síntese, a empresa **ANDRESA**, mencionada como adquirente do ativo pelos contratos de compra e venda, não realizou integral pagamento aos sócios da **PBKIDS HOLDING** em 2012, nem mesmo apresentou ou ofertou à sua contabilidade societária.

202. Neste caso, paira dúvida e resta a indagação em relação a ausência de determinados pagamentos e a própria contabilidade, ou seja, como mensurar a despesa de ágio a ser amortizada?

203. Para responder a indagação, elenco os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, consolidados nos artigos 385 e 386 do RIR/99, cuja dedutibilidade das despesas de amortização de ágio está condicionada à observância exclusiva de quatro requisitos:

> - Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio; aqui, a recorrente não conseguiu comprovar a aquisição de ações da **PBKIDS HOLDING** pela **ANDRESA**.
>
> - Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base no MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.; aqui a aquisição das ações da **PBKIDS HOLDING** pela **ANDRESA**, restou prejudicada.
>
> - Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; aqui o artigo 385 do RIR/99 determina que a pessoa jurídica que adquirir investimento sujeito ao MEP deve desdobrar o custo de aquisição do investimento em: valor de patrimônio líquido na época da aquisição; e ágio (ou deságio) apurado na operação, com indicação de sua fundamentação econômica.
>
> - Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

204. Por fim, ressalto que, ainda que acatasse os argumentos de que o investidor foi a empresa **ANDRESA**, não houve no presente caso, a incorporação desta pela **PBKIDS HOLDING** (investida), ou vice-versa.

205. Desta forma, a incorporação destas duas empresas pela **PBKIDS BRINQUEDOS**, não detém condição nem de investidora, nem de investida. Ou seja, a confusão patrimonial ocorrida nesta hipótese, a meu ver ficta, não decorreria de

DOCUMENTO VALIDADO

incorporação entre investidora e investida, o que padece das condicionantes impostas pela legislação em vigência à época dos fatos.

206. Assim, diante de todo o exposto, resta comprometida a requerida amortização do ágio.

DA MULTA ISOLADA

207. Quanto à multa isolada, a Autoridade Fiscal entendeu que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ e CSLL ao fim do período-base e efetuou o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício.

208. De acordo com o disposto no art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a falta de pagamento dos referidos tributos devidos no mês por estimativa está sujeita a multa de 50% sobre o valor que deixou de ser pago.

209. E quanto a este tema temos duas situações distintas.

210. Para os lançamentos anteriores a 2007 a concomitância das multas é afastada em razão da Súmula CARF nº 105 "A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício." Entretanto, para os fatos ocorridos após alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/07, no art. 44, da Lei nº 9.430/96 não há hoje um consenso.

211. Há quem entende que a citada medida provisória trouxe de forma expressa a possibilidade de aplicação das duas penalidades em casos como ora analisado, afinal haveria duas condutas igualmente puníveis: o não pagamento do tributo, levando à aplicação da multa do art. 44, I haja vista a necessidade de realização do lançamento de ofício do crédito tributário e a multa isolada de 50%, prevista no inciso II, exigida em razão do não recolhimento as estimativas mensais, notadamente pelo fato de tal conduta ser exigida ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa.

DOCUMENTO VALIDADO

212. Após análise mais aprofundada sobre o tema essa Conselheira diverge a tese citada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ formou jurisprudência pacífica acerca da impossibilidade da concomitância. O STJ reconhece que a multa de ofício é penalidade devida pelo descumprimento da obrigação principal, enquanto a multa isolada, em face da autonomia das obrigações acessórias, reprime o descumprimento destas.

213. Entretanto, considerando que a insuficiência de pagamento do imposto deve ser penalizada com multa de ofício, essa vinculada à obrigação principal, não pode haver a cumulação com a multa isolada, "uma vez que a primeira (infração mais grave) absorve a segunda (infração menos grave), em razão do princípio da consunção".

214. Referido entendimento foi ratificado inclusive para os fatos geradores acorridos após as alterações promovidas pela Medida Provisória em 2007.

215. Vejamos precedente da lavra do Ministro Hermam Benjamin, no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.878.192 – SC:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO IMPUGNA FUNDAMENTO DA DECISÃO DE ORIGEM. AGRAVO INTERNO QUE DEIXA DE ATACAR FUNDAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULAS 283 E 284 DO STF.
>
> INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A controvérsia, no Recurso Especial, consiste em saber se é possível a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada.
>
> 2. O Tribunal de origem não admitiu o Recurso Especial da recorrente com base em dois fundamentos: i) ausência de violação ao art. 1.022, do CPC/15 e ii)
>
> aplicação da Súmula 83 do STJ, uma vez que o acórdão recorrido estaria de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
>
> 3. O agravante, contudo, não impugnou especificamente o fundamento da incidência da Súmula 83 do STJ. O STJ entende que, inadmitido o Recurso Especial com base no referido preceito sumular, incumbe à parte, no Agravo em Recurso Especial, apontar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos referidos na decisão impugnada.
>
> 4. Constata-se que a parte agravante não impugnou especificamente o fundamento da decisão recorrida - de que o seu Recurso Especial não mereceu conhecimento - reiterando sua argumentação referente ao mérito. O STJ tem firme posicionamento segundo o qual a falta de combate a fundamento suficiente

DOCUMENTO VALIDADO

para manter a decisão recorrida justifica a aplicação, por analogia, das Súmulas 283 e 284 do Colendo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no REsp 1.852.645/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma e DJe 11/2/2021.

5. A Segunda Turma do STJ, em julgados mais recentes, continua a aplicar o entendimento de que a vedação à cumulação das multas "isolada" e "de ofício" persiste, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.488/2007. Nesse sentido: AREsp 1.603.525/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.11.20.

6. Agravo Interno não provido.

...

Em suas razões do Recurso Especial, a recorrente aponta que houve violação aos arts. 1.022, II, do CPC/15, 44, I e II, 'b', da Lei 9.430/96. Afirma que é possível a cumulação da multa de ofício, prevista no art. 44, I da Lei 9.430/96, com a multa isolada, prevista no art. 44, II, 'b', da Lei 9.430/96. Afirma (fl. 324, e-STJ): “Como resta evidente do teor da norma legal, a multa de ofício e a multa isolada são penalidades distintas, para ações distintas, e com bases de cálculo distintas”.

...

No caso em questão, a agravante afirma que “encontra-se pendente o julgamento de agravo interno interposto pela Fazenda Nacional, AREsp 1.603.525, além de inexistirem decisões da Primeira Turma.” (fl. 356, e-STJ). Em relação ao AREsp 1.603.525/RJ, verifica-se que o julgamento do seu Agravo Interno já foi concluído no sentido de que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996". A propósito:

REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015

...

Ademais, veja-se que a Segunda Turma do STJ, em julgados mais recentes, continua a aplicar o entendimento de que a vedação à cumulação das multas "isolada" e "de ofício" persiste, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.488/2007. Cito, a título exemplificativo (grifos acrescidos):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N.

9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE.

IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando a anulação de três lançamentos tributários, em virtude da existência de excesso do montante cobrado.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> II - Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado na exordial, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, recursos que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ficando consignado o entendimento de que é ilegal a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada, previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/1996.
>
> III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996. Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.
>
> IV - Agravo interno improvido.
>
> (AREsp 1.603.525/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.11.20)

216. Destaco ainda a existência de precedentes recentes da Câmara Superior no mesmo sentido: pela impossibilidade de aplicação em conjunto da multa de ofício e da multa isolada.

Vejamos:

> PROCESSO 13855.722711/2011-91 ACÓRDÃO 9101-007.043 – CSRF/1ª TURMA SESSÃO DE 7 de junho de 2024 Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2008 MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. NÃO CABIMENTO. A multa isolada é cabível na hipótese de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não há base legal que permita sua cobrança de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ e CSLL apurados no final do período de apuração. Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício.

217. Neste sentido, aplicando ao caso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o precedente da 1ªCSRF, dou provimento ao recurso do Contribuinte para afastar a exigência da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa mensal, entendendo que essa deve ser absorvida pela multa de ofício em razão da aplicação do princípio da consunção das penas.

218. Ao final, à luz dos elementos fáticos e jurídicos constantes dos autos, conclui-se pela manutenção da glosa das despesas de amortização do ágio, em razão da

DOCUMENTO VALIDADO

ausência de propósito negocial e da caracterização de estrutura artificial, sem prejuízo da reavaliação das penalidades.

DISPOSITIVO

219. Ou seja, em vista do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, apenas para afastar a multa isolada.

220. É como voto.

Assinado Digitalmente

Roney Sandro Freire Corrêa

DOCUMENTO VALIDADO