



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10340.720519/2022-24
ACÓRDÃO	1202-001.504 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	AUTO ADESIVOS PARANÁ S/A, BTG PACTUAL PRINCIPAL INVESTMENTS FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA, VALDIR ARONJA GASPAS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2016

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre. (STJ - Primeira Seção de Julgamento, Resp 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/08/2009, DJ 18/09/2009).

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a

pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 135, INCISO III DO CTN.

O artigo 135 só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade. Caso não o seja, a responsabilidade tributária será da pessoa jurídica. Isto porque, se o ato do administrador não contrariar as normas societárias, contrato social ou estatuto mediante conduta dolosa, quem está praticando o ato será a sociedade, e não o sócio, seja de direito ou de fato, devendo a pessoa jurídica responder pelo pagamento do tributo.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE NÃO DEMONSTRADA.

Não deve prosperar a incidência da multa de ofício na modalidade qualificada quando restar não comprovado o evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o

resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Súmula CARF nº 108)

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência. Por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% e excluir os coobrigados da relação jurídico tributária. Vencidos os Conselheiros André Luis Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa que votaram por dar provimento integral ao recurso.

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Maurício Novaes Ferreira, André Luis Ulrich Pinto, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e Leonardo de Andrade Couto (Presidente). Ausente o Conselheiro Roney Sandro Freire Correa.

RELATÓRIO

Trata o presente de Autos de Infração do IRPJ e da CSSL referente aos anos-calandário de 2016, 2017 e 2018 nos montantes de R\$ 1.223.718,33 e R\$ 498.529,12; respectivamente, aí incluídos juros de mora e multa de ofício no percentual de 150%. Foi também formalizada exigência de multa isolada pelo não recolhimento de tributo a título de estimativas no valor de R\$ 232.346,86, para o IRPJ; e R\$ 117.022,65, para a CSLL.

Foram incluídos no polo passivo BTG PACTUAL PRINCIPAL INVESTMENTS FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTIESTRATEGIA, CNPJ 11.938.926/0001-49, sob fundamento do art. 124, I, CTN, e VALDIR ARJONA GASPAR, CPF 704.970.448-20, sob fundamento do art. 135 do CTN.

A irregularidade apontada consistiu na amortização indevida de valores do ágio apurado na aquisição da CCRR PARTICIPAÇÕES S/A pela PRINCIPAL INVESTMENTS VAREJO S/A ocorrida em 14/10/2011. Posteriormente, esse ágio foi transferido da contabilidade da PRINCIPAL para a CCRR com a incorporação daquela por esta. A seguir, a CCRR foi totalmente cindida e o ágio repartido entre duas subsidiárias, a recorrente, a partir de agora denominada AAP, e a empresa RR Indústria e Comércio de Etiquetas (RRE). A partir da cisão, a recorrente iniciou a amortização fiscal do ágio recebido (R\$ 62.613.692,54).

De acordo com o RF (Relatório Fiscal), a Principal foi criada em **19/08/2010**, com a denominação de MDRJ 20 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, um capital de R\$ 1.000,00, conforme ata da Assembleia Geral de Constituição, disponibilizada na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02. Ela tinha como acionistas MARCELO DUARTE e DIEGO CARREIRO MESA, pessoas físicas já conhecidas por serem os acionistas formais de várias empresas de prateleiras, criadas por escritórios especializados e facilitadores no fornecimento de CNPJ para operações que demandem urgência na criação de empresas.

A alteração da denominação para PRINCIPAL foi feita com a saída dos sócios originais e entrada de executivos do Grupo BTG Pactual. Sustenta a autoridade lançadora que o instrumento de constituição da Principal é nulo, eis que essa empresa tem origem em pessoa jurídica inexistente de fato.

Em **09/09/2011**, o capital da PRINCIPAL foi aumentado pela BPMB ÔMICRON PARTICIPAÇÕES S/A, empresa do grupo BTG Pactual, em R\$ 88.050.000,00; através da integralização de 88.050.000 novas ações ordinárias. O acionista majoritário (99%) da BPMB era o fundo de investimentos FIP BTG e o minoritário (1%) a empresa PRINCIPAL NPA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, ambas do grupo BTG. A integralização foi feita em dois depósitos, um de R\$ 70.000.000,00 e outro de R\$ 18.050.000,00.

Em **26/09/2011**, formalizou-se o contrato para aquisição da CCRR, através de uma subscrição de R\$ 72.000.000,00 (4 parcelas de R\$ 18.000.000,00) e uma aquisição propriamente dita no montante de R\$ 70.000.000,00, utilizando-se o depósito feito anteriormente. Esse valor foi imediatamente transferido para as pessoas físicas detentoras das ações da CCRR adquiridas. A data de fechamento do contrato foi estabelecida em **14/10/2011**.

Segundo o RF, dentro da CCRR estava o verdadeiro objeto da aquisição, representado pelos grupos econômicos COLACRIL (cuja empresa operacional era a recorrente) e RR (com as operacionais RRE, já mencionada, e RRP).

Nesse momento, segundo a recorrente, teria ocorrido a geração de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

Em **03/11/2011**, a CCRR incorporou as holdings criadas para abrigar a participação societária das pessoas físicas acionistas originais e, em 30/09/2012, após efetivação de todas as subscrições de capital compromissadas, a CCRR incorporou a PRINCIPAL e absorveu o ágio gerado na incorporada.

Em **30/11/2013**, a CCRR foi cindida e repartiu seu patrimônio para as subsidiárias AAP (recorrente) e RRE que, então, passaram a amortizar o ágio a partir de dezembro de 2013.

Registra o TVF que a incorporação da PRINCIPAL pela CCRR implicou na BPMB ter participação direta na CCRR em percentuais que foram alterados por ajustes contratuais. Em 16/10/2013, a BPMB reduziu o capital e entregou ações para o FIP BTG, fazendo com que este passasse a deter 90,28% das ações da CCRR.

Com isso, sustenta a Fiscalização, o real adquirente - FIP BTG – implementou aquilo que poderia ter sido feito desde o início do processo, ou seja, a aquisição quase integral da CCRR e, indiretamente, das subsidiárias operacionais.

Entende a autoridade lançadora que o ágio é indedutível pelas seguintes razões, que devem ser analisadas de forma independente:

1) Caracterização da transferência de ágio através da utilização de empresa-veículo eis que:

- a PRINCIPAL foi criada, como empresa de prateleira, poucos meses antes do início das negociações para a aquisição da CCRR
- Não possuía recursos próprios para a aquisição da CCRR e suas subsidiárias, tendo recebido aporte financeiro milionário da BPMB, empresa do grupo BTG Pactual;
- A BPMB, por sua vez, tinha como acionista majoritário, um fundo de investimentos ligado ao grupo BTG Pactual, o FIP BTG, já qualificado anteriormente neste Relatório;
- Os recursos recebidos pela PRINCIPAL foram transferidos imediatamente, ou para o pagamento aos acionistas originais, ou para a capitalização na CCRR, conforme previsão contida no contrato;
- A PRINCIPAL teve duração efêmera, tendo sido incorporada pela CCRR logo após a quitação da última parcela da capitalização prometida no Contrato, conforme extrato do Sistema CNPJ da RFB;
- De acordo com as Demonstrações Financeiras de 2011 da PRINCIPAL, disponibilizadas na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 2, ela não registrou despesas com funcionários (despesas com pessoal) em 2010 e 2011, conforme extratos;

O RF apresenta documentos emitidos pelo próprio BTG e pela CCRR, atestando que foi o FIP BTG o real adquirente da CCRR como informações no sítio do Grupo BTG e Demonstrações Financeiras do FIP BTG. O sítio da CCRR traz expressamente a informação da aquisição pelo FIP BTG. Destaca a Fiscalização que a PRINCIPAL, suposta adquirente sequer é mencionada nesses documentos.

2) Os laudos que embasaram o ágio são extemporâneos. Foram disponibilizados à PRINCIPAL em 27/08/2012 e 25/09/2012, respectivamente, ou seja, quase um ano após a data de fechamento do contrato. Assim, à época da formalização do negócio, não havia documentos que atestassem a rentabilidade futura suscitada;

3) O ágio por expectativa de rentabilidade futura teria caráter residual cabendo primeiramente a alocação do valor pago nos ativos, tangíveis e intangíveis avaliados a valor justo (informações essas obtidas a partir do laudo PPA) e só depois, o que restar, ser alocado na expectativa de rentabilidade futura; e:

4) A alocação do ágio entre a AAP e a RRE não obedeceu ao critério de proporcionalidade definido no laudo ERF implicando em majoração de R\$ 3.445.593,70 no ágio alocado à AAP.

A multa de ofício foi aplicada na forma qualificada pelas seguintes razões:

- A sonegação fica caracterizada uma vez que a FISCALIZADA, por meio de um conjunto de eventos societários articulados, realizados com o fim de gerar a impressão de regularidade do aproveitamento tributário de dedutibilidade fiscal, que denominamos conjunto de “operações estruturadas em sequência”, simulou o cumprimento de condições para a amortização de ágio, impedindo ou retardando “parcialmente o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária”;

- As Figuras 2, 3 e 5 evidenciam que o fato verdadeiramente ocorrido foi a aquisição da participação societária da CCRR pelo Grupo BTG, sendo que o fez por meio de um fundo de investimento, o FIP BTG, e este se utilizou das empresas veículos BPMB e PRINCIPAL. Esta situação é evidente, uma vez que o FIP BTG foi quem efetivamente realizou todos os procedimentos e tratativas para a aquisição da participação societária; era a real detentora dos recursos utilizados na operação; e era quem realmente tinha a intenção de investir e pagar pelo custo de aquisição do investimento (inclusive ágio) na CCRR, e suas subsidiárias operacionais. Tanto que, ao final do processo, conforme Figura 9, o FIP BTG passou a ser acionista direto da CCRR, evidenciando a qualidade de investidora de fato do FIP BTG;

- Assim, de forma bem objetiva: o FIP BTG detinha os recursos e quis comprar e pagar pelo custo de aquisição da participação societária na CCRR (incluindo ágio); o FIP BTG realizou pessoalmente todas as tratativas e procedimentos para a aquisição da participação societária na CCRR; o FIP BTG comprou a participação societária na CCRR; o FIP BTG não fundiu o seu patrimônio com o da sua investida; logo, as investidas do FIP BTG não poderiam utilizar-se da hipótese de aproveitamento do ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

- Dito dessa forma, fica bastante claro que a simulação praticada, mediante utilização de empresa-veículo, desde a compra-e-venda da participação societária e ao longo do conjunto de operações estruturadas em sequência até o ponto final almejado, foi elaborada como modo de criar a ilusão de que a investidora de fato e a investida tivessem participado de um evento societário de fusão incorporação ou fusão e que houvesse ocorrido de fato a fusão entre patrimônios de investidora e investida. A pretensão do FIP BTG nesta simulação, realizada com a formalização de tantos eventos societários, é apresentar à tributação, como elementos dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, o produto escritural desse conjunto de atos societários que se desenvolveu nos vários momentos descritos não item 3.1.2.a;

- É claro que a realização desses eventos societários, por si só, não são ilícitos, uma vez que poderiam não causar danos nenhum ou iludir a terceiros outros que não ao erário. No entanto, esse conjunto de operações societárias foram levadas a cabo com a intenção (ao fim realizada) de alcançar o efeito fiscal de reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL e, ao mesmo tempo, de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; e:

- O conluio é uma decorrência da simulação na forma como foi elaborada, sendo inegável frente ao quadro de operações estruturadas em sequência que envolveu o FIP, BTG, a BPMB, a PRINCIPAL, e a CCRR, as administrações dessas sociedades (incluindo as subsidiárias), todas essas pessoas integrantes dos grupos adquirentes e adquirido. Não fosse o esforço conjunto dessas pessoas jurídicas, a simulação praticada não seria possível.

A autoridade lançadora estabeleceu a responsabilidade solidária por interesse comum (art. 124, inciso I, do CTN) do FIP BTG sob os seguintes argumentos:

- Por ocasião da aquisição da participação societária na CCRR pela PRINCIPAL, o FIP BTG era o detentor da participação majoritária na BPMB, que por sua vez, controlava a PRINCIPAL. Estas duas últimas empresas foram extintas, a PRINCIPAL por incorporação pela CCRR, e a BPMB por incorporação de sua controladora, a NPA.

- Vale lembrar que, após a incorporação da PRINCIPAL pela CCRR, o que tornou a BPMB controladora direta da CCRR, antes de sua extinção, a BPMB reduziu seu capital, entregando ao FIP BTG as ações que detinha na CCRR, fazendo do FIP BTG o novo controlador direto.

- Vemos assim que, da complexa estrutura criada para viabilizar a transferência do ágio escriturado originalmente na contabilidade da PRINCIPAL para a AAP e RRE, o FIP BTG foi a entidade sobrevivente, que, como visto, foi a real adquirente da participação na CCRR.

- Com a cisão desta empresa em 2013, o FIP BTG passou a controlar diretamente as empresas operacionais, dentre elas a AAP, responsável pela maior parte do ágio gerado na aquisição.

- Como vimos anteriormente, esta situação criada ao final do processo, com o FIP BTG controlando diretamente as empresas operacionais, era a intenção inicial de todo o processo, e que poderia ter sido implementada já na aquisição da CCRR pela PRINCIPAL. Mas para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio gerado na aquisição, o FIP BTG, o real adquirente, criou uma complexa estrutura de empresas, algumas de prateleiras, e após sucessivas reorganizações societárias, se posicionou no controle direto da AAP e da RRE

Foi estabelecida a responsabilidade do Sr. Valdir Arjona Gaspar com base no inciso III, do at. 135 do CTN, que exerceu os seguintes cargos:

- Sócio Administrador da AAP (Diretor-Presidente) até 21/11/2013, quando assumiu esta condição a pessoa de LUCIANO SFOGGIA - CPF 579.857.230-72, conforme Ata da AGE de 21/11/2013;
- Diretor sem Designação Específica da AAP de 30/11/2013 (Ata AGE) até 23/04/2015 (Ata AGE);
- Membro do Conselho de Administração da AAP, a partir de 30/11/2013, conforme Ata AGE de 30/11/2013, permanecendo até o fim de 2018, ano que a amortização fiscal do ágio findou;
- Diretor sem Designação Específica da CCRR desde sua criação, em 02/05/2011, até sua extinção por cisão total em 30/11/2013;

Aduz a Fiscalização que o Estatuto da AAP deixa claro que os membros do Conselho de Administração exerciam junto com a Diretoria, a efetiva administração da empresa.

Afirma que o Sr. Valdir Arjona Gaspar teve atuação efetiva, ou na qualidade de diretor, ou na de membro do Conselho de Administração, nas empresas que formaram o grupo que seria adquirido pelo FIP BTG, por meio da PRINCIPAL. A estrutura criada por este grupo de empresas que seria adquirido foi decisivo para viabilizar a transferência do ágio para a AAP, o que, teria ocorrido por meio de processo simulatório.

Devidamente cientificada, a pessoa jurídica autuada e os coobrigados apresentaram impugnação tempestiva.

Trago à baila o relatório da decisão recorrida que bem resume a peça impugnatória interposta pela pessoa jurídica autuada:

O impugnante inicia por destacar a compensação de prejuízos realizada pela autoridade autuante, e explicar os agentes e operações em análise.

Explica que a atuação da PRINCIPAL nas operações que envolveram a aquisição da CCRR foi essencial e necessária, e que o ágio reconhecido foi baseado em estudos elaborados à época dos fatos pelo grupo BTG, identificados como “Estudo Poyry” e “Estudo BTG Pactual” (identificação pelo autor de cada relatório), juntados como anexo 1 e 2.

Então, critica a atuação da fiscalização:

O “Relatório Fiscal” que acompanhou a autuação (fls. 3238 a 3367), em um texto longo e repetitivo, sustenta tal glosa em uma análise distorcida e enviesada da legislação aplicável, a partir de conceitos chavão que envolvem (a) a ausência de confusão patrimonial com o “real adquirente”; (b) a falta de contemporaneidade dos laudos apresentados; (c) a alocação residual do ágio por rentabilidade futura, o que sequer existia no Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97, e (d) a alocação do ágio na cisão, entre Impugnante e a RR Etiquetas.

(...)Todo o racional desenvolvido no Relatório Fiscal parte de uma premissa adotada sem qualquer base legal: a de que a constituição da Principal foi nula e, portanto, sua existência deve ser desconsiderada.

2.1 - FATOS

2.1.1 AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO

Em abordar os fatos, traça o histórico das operações, em que enumera os desafios presentes:

25. Observe-se que o Grupo BTG tinha interesse em participar no capital da Impugnante e na RR Etiquetas, as empresas que efetivamente tinham o potencial lucrativo identificado. Assim, o caminho mais óbvio seria negociar a aquisição direta de participação nessas empresas. Todavia, essa aquisição:

- Envolveria negociação mais complexa, pois envolveria a necessidade de estabelecer valores distintos a serem pagos por cada entidade (Impugnante e RR Etiquetas);*
- Não atenderia à estruturação societária feita previamente pelos Vendedores que já haviam criado a CCRR justamente para permitir a administração conjunta dos Grupos Colacril e RR; e,*
- Não era admitida pelas normas da CVM então vigentes, que não permitiam que FIPs participassem diretamente no capital de sociedades de responsabilidade limitada – LTDAs - tais como eram a Impugnante e a RR Etiquetas à época dos fatos.*

26. Assim, era da estrutura do negócio a aquisição por uma empresa investida do FIP BTG, e não pelo fundo diretamente, bem como a aquisição da CCRR, como holding que detinha os ativos alvo que eram a Impugnante (Auto Adesivos) e a RR Etiquetas, e, posteriormente implementar reestruturações societárias que simplificassem a estrutura societária resultante.

27. A aquisição da CCRR superava os óbices acima. Porém, havia outros entraves regulatórios que faziam com que a aquisição direta dessa empresa pelo FIP BTG não fosse recomendável.

(...)

30. Não é só. As negociações feitas com os Vendedores também contemplavam a possibilidade de o Investidor conceder um mútuo aos Vendedores para fins de quitação de certas obrigações contratuais (conforme previsto no item 4.4 do Contrato de Associação). A regulamentação em vigor, todavia, vedava tal possibilidade aos FIPs como o FIP BTG. Esse tema também será retomado adiante.

31. *Em face desse cenário, tomou-se a decisão racional de se efetuar a aquisição do investimento por meio da Principal, empresa legitimamente constituída, detida pela BPMB Ômicron Participações S.A. ("BPMB Ômicron") , controlada pelo FIP BTG e pela empresa NPA Empreendimentos e Participações S/A ("NPA Par") (1%)*

(...)

33. *Posteriormente à aquisição da CCRR, o FIP BTG poderia adequar a CCRR às regras de governança previstas pela CVM e transformar a Impugnante e a RR Etiquetas em sociedades por ações (implementando também nessas empresas as adequações de governança necessárias). Na sequência, seria possível implementar as medidas para simplificação da estrutura societária que permitiriam ao fundo participar diretamente na Impugnante e na RR Etiquetas. (negritamos)*

2.1.2 – REGISTRO DO ÁGIO PELA PRINCIPAL

Por sua vez, defende a fundamentação do ágio tal como registrada:

47. *O fundamento econômico do ágio é suportado pelos cálculos baseados no Estudo Poyry e no Estudo BTG Pactual, preparados à época dos fatos (Doc. 01 e Doc. 02) e pelo Laudo ERF, elaborado pela KPMG, que utilizou a metodologia do fluxo de caixa descontado (DCF), projetando a rentabilidade futura do investimento na CCRR(e, conseqüentemente, na Impugnante e na RR Etiquetas). Com a aplicação dessa metodologia, o Laudo ERF apurou um valor econômico da Impugnante de R\$ 355,9 milhões e da RR Etiquetas de R\$ 41,8 milhões, totalizando R\$ 397,7 milhões, confirmando os cálculos feitos originalmente.*

48. *Os referidos estudos e o Laudo ERF entregue à autoridade lançadora durante o procedimento de fiscalização atestaram o valor do ágio pago pela Principal no investimento, a partir da rentabilidade futura do investimento direto na CCRR e indireto na Impugnante, sendo tais documentos arquivados como comprovante da escrituração fiscal do ágio, nos exatos termos do artigo 385, §3º do RIR/99.*

49. *O ágio pago e escriturado pela Principal resultou, portanto, de uma operação efetiva de compra e venda de participações societárias envolvendo empresas totalmente independentes, e de uma legítima e regular subscrição de capital efetuada com ágio.*

50. *A intenção da Principal, como sociedade holding, ao adquirir sua participação na Impugnante era se beneficiar dos resultados futuros dessa empresa. Assim, a Impugnante estimou o valor a ser pago na empresa com base nessa expectativa de rentabilidade.*

2.2 – PRELIMINAR - DECADÊNCIA REFERENTE AO ANO-CALENDÁRIO 2016

Complementa com o dado que a aquisição, objeto do registro, foi de 55% da participação, não 90,28%, como considerado pela autoridade autuante.

Reputa não comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, dado que o caso se resume a divergência na interpretação da lei tributária, contexto que enseja a aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

Com a lavratura do auto de infração em 17/08/2022, os fatos geradores aperfeiçoados em 31/12/2016 se encontram além do alcance da autoridade, eis que afastados por decadência contra a fazenda.

2.3 – MÉRITO

O impugnante considera haver satisfeito as condições da lei nº 9.532/97 para amortização do ágio pago.

Neste contexto, argumenta pelo papel da PRINCIPAL como real adquirente:

a Principal não foi uma sociedade de fachada, com vida efêmera interposta apenas para permitir o reconhecimento do ágio, e sim uma sociedade que (A) permitiu a negociação com a possível concessão de um mútuo, o que era exigido pelos vendedores e não seria facultado ao FIP BTG; (B) contratou em nome próprio e adquiriu o investimento na CCRR; (C) desempenhou seu papel de holding durante mais de um ano após a aquisição da CCRR e, a partir de tal atuação, (D) viabilizou a pretendida segregação dos investimentos entre os principais ativos da CCRR, que eram as sociedades RR Etiquetas e a Impugnante (Auto Adesivos).

Explica que a alocação do ágio entre seus fundamentos não comporta benefício de ordem, sujeitando-se unicamente à razão que motivou o pagamento.

Desenvolve, então, os quatro requisitos necessários, os quais considera satisfeitos pelos fatos:

o exercício do direito à dedução fiscal do ágio está condicionado à observância dos seguintes requisitos: (i) aquisição de participação societária com pagamento do preço, incluindo o ágio; (ii) registro do investimento, incluindo o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio; (iii) a motivação econômica para o pagamento do ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura; e iv) incorporação, cisão ou fusão que implique confusão patrimonial entre investidora e investida.

Quanto à falta de “confusão patrimonial”, retoma as restrições impostas pela CVM às operações pretendidas pelo fundo, em que esclarece:

144. Veja-se que a Impugnante não desconhece que a regulamentação da CVM contém instrumentos para lidar com eventuais desenquadramentos temporários dos Fundos de Investimento nas regras a eles aplicáveis. Também não se ignora a possibilidade de negociação junto aos Vendedores, para que estes tomassem as medidas para enquadramento da CCRR nas normas da CVM previamente à aquisição.

145. No entanto, no cenário existente na época da aquisição do investimento, a fim de se evitar procedimentos burocráticos junto à CVM e eventuais atrasos na implementação de operação, entendeu-se que o procedimento mais seguro, simples, rápido e eficiente seria a interposição da BPMB Ômicron e da Principal na operação.

(...)

147. Mas não é só. Da necessidade de que o FIP invista apenas em ações ou títulos e valores mobiliários conversíveis em ações, resultava também a impossibilidade de que o FIP BTG realizasse operações de mútuo. No entanto, a Cláusula 4.4 do Contrato de Associação previa um possível mútuo de recursos financeiros do “Investidor” (a Principal) aos demais acionistas da CCRR. Essa era uma exigência colocada na negociação, pelos vendedores da CCRR.

(...)

151. *Nesse interregno, a Impugnante também foi transformada em sociedade anônima fechada, tornando-se apta a receber investimento do FIP BTG.*

(...)

152. *Com a operação acima, as ações da Impugnante e as quotas da RR Etiquetas seriam transferidas ao FIP BTG.*

(negritamos)

Quanto aos recursos utilizados, entende que, transferidos os recursos, estes passaram legalmente à titularidade da PRINCIPAL, não havendo por que desconsiderar tal realidade jurídica, lastreada pelo direito privado. Igual tratamento se aplica à propriedade do investimento, sobretudo pelo aumento de capital operado pela PRINCIPAL.

Nisto, denuncia a desconsideração da holding pela autoridade, assim como sua atuação, em atividades típicas desta sociedade, e defende ser uma imprópria intervenção na liberdade de auto organização.

Adentra a legalidade e usualidade de se lançar mão de empresas de prateleira, dadas as vantagens de tais recursos em um ambiente burocrático como o vigente no país.

Retoma que sua atividade de um ano não pode ser considerada efêmera, e a contratação de financiamentos por notas promissórias com a controladora atestam sua autonomia nas operações.

Em complemento, pugna pela regularidade das empresas veículo, em que utiliza-se de decisões em processos administrativos tributários para corroborar o entendimento.

2.3.1 REGULARIDADE DA MOTIVAÇÃO DO ÁGIO COM BASE NA RENTABILIDADE FUTURA E DO LAUDO APRESENTADO

Repisa que a legislação aplicável não prevê alocação do preço pago com desdobramento sob prioridades específicas, estando correto o procedimento realizado.

2.3.2 NÃO CABIMENTO DA ACUSAÇÃO DA FALTA DE FALTA DE CONTEMPORANEIDADE DOS LAUDOS

Explica:

antes da vigência da Lei n. 12.973/14, a regulamentação legal não exigia publicidade, forma, conteúdo ou prazo para a apresentação da demonstração do fundamento econômico do ágio.

(...)

246. *Ainda que, para fins de argumentação, seja invocada a redação atual do art. 20 do DL 1.598/77 introduzida pela Lei n. 12.973/14, este dispositivo exige que o laudo tenha sido apresentado até o 13º mês subsequente à aquisição da participação societária:*

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

247. O prazo acima não foi aleatoriamente determinado, mas está alinhado com as normas contábeis relativas à combinação de negócios (Pronunciamento CPC 15), que preveem um “período de mensuração” que não deve “exceder um ano a contar da data da aquisição”

(...)

251. Dessa forma, em atendimento ao princípio da legalidade, diante da ausência de qualquer exigência sobre a temporalidade do laudo (ou qualquer outra forma de demonstração do fundamento econômico do ágio), não pode a autoridade fiscal exigir que a Impugnante tivesse fundamentado o ágio pago “por ocasião da aquisição do investimento, em demonstração devidamente documentada e arquivada” (fl. 3296) antes dessa data.

(...)

253. No entendimento da CSRF, a contemporaneidade não se confunde com sincronia (ocorrido no mesmo instante) ou com a anterioridade (condição temporal daquilo ocorrido em momento pretérito), mas remete a algo ocorrido no mesmo período.

2.3.3 INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALOCAÇÃO DO VALOR DO ÁGIO ENTRE IMPUGNANTE E A RR ETIQUETAS

Ainda, explica que a lei não previa critério de alocação do ágio a cada uma das controladas.

2.4 IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA PARA FINS DE CSLL E VÍCIOS NA APLICAÇÃO DAS MULTAS

Aponta o impugnante a falta de previsão legal para as restrições, com consequente glosa, às exclusões quando da apuração da CSLL.

Com relação à multa qualificada, reclama não comprovada a conduta dolosa sonegatória, tendo seus atos contexto negocial. Explica:

270. A mera divergência na interpretação da lei tributária é suficiente à qualificação da multa? A resposta é certamente negativa. Tanto que, se assim fosse, todo o lançamento seria acompanhado de multa de 150%. A esse respeito, vale destacar que o E. CARF possui a Súmula, nº 14, no sentido de que a simples omissão de receita ou rendimento não autoriza a qualificação da multa, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

(...)

274. Isto é, tratam-se (i) de operações verdadeiras, realizadas entre partes totalmente independentes, com efetivo pagamento do preço de compra e do ágio em dinheiro pela Principal; ocorrendo (ii) o preenchimento de todas as condições necessárias ao exercício do direito à dedução fiscal do ágio pela Impugnante.

275. Não há que se falar também na “transferência artificial do ágio” tal como indevidamente alegado no Relatório Fiscal. O ágio é legítimo e foi pago pela Principal a terceiros, sendo que a sua posterior dedução fiscal pela Impugnante, após os eventos de cisão total da CCRR, com a incorporação do acervo cindido pela Impugnante, representam atos lícitos que estavam inseridos, como descrito acima, nº âmbito do investimento realizado, com nítido propósito negocial.

Assevera, em complemento, que a multa isolada de 50% estaria compreendida na multa de ofício já lançada, derivadas da mesma infração, e, logo, redundantes. Trata-se, por sua vez, de impropriedade contrária à apuração do IRPJ e CSLL, uma vez que, terminado o ano calendário, as antecipações dão lugar ao ajuste anual.

Por fim, reputa por indevida a aplicação de juros sobre multa.

O responsável solidário FIP BTG apresentou impugnação assim resumida pela decisão recorrida:

A impugnação revisita os fatos e procedimento fiscal, e retifica os termos de defesa do autuado, com adição das razões contra sua inclusão no polo passivo da relação jurídico tributária, em que resume:

16. Com efeito e como se verá em detalhes adiante, a responsabilização do Impugnante é, independentemente de qualquer outra consideração, totalmente descabida, porque:

(i) Como já definiu o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), o art. 124, inciso I, do CTN não traz hipótese de responsabilização per se, mas regula a relação jurídica existente entre codevedores do tributo, esclarecendo que, entre eles, não há qualquer benefício de ordem. No caso concreto, o Impugnante não é contribuinte ou responsável pelo IRPJ e pela CSLL supostamente devidos pela Auto Adesivos e pela RR Etiquetas, até mesmo porque sequer é contribuinte desses tributos. Além disso, não há qualquer evidência, alegação ou mesmo indício de que o Impugnante tenha se beneficiado de tal amortização fiscal pela Auto Adesivos.

(ii) Também nos termos definidos pelo STJ, o Impugnante, a RR Etiquetas e a Auto Adesivos não integram o mesmo polo da relação jurídica que supostamente originou os créditos tributários ora em discussão. Não foi a aquisição da participação societária na CCRR que originou os supostos créditos tributários exigidos nestes autos, mas a amortização fiscal do ágio promovida pela Auto Adesivos. E, nisso, o Impugnante não teve qualquer participação, senão como mero acionista da Auto Adesivos, o que, como é sabido, não dá margem à aplicação do art. 124, inciso I, do CTN.

(iii) Ainda que se admita a correção do entendimento manifestado no PN 4/2018 (utilizado pela Fiscalização para embasar a autuação), é certo que o caso ora discutido não se enquadra em nenhuma das hipóteses nele tratadas, seja porque, como já dito, o Impugnante não teve qualquer ingerência nas operações que deram origem aos créditos tributários ora discutidos (amortização fiscal do ágio), seja porque, ainda que houvesse participação, estaria ausente o dolo, posto se tratar de matéria extremamente controvertida e de nenhum modo pacificada pelos tribunais.

(iv) Por fim, mesmo com a moderação da RFB na edição do PN 4/18, este está eivado de ilegalidades na medida em que expande o conteúdo do art. 124, inciso I, do CTN de modo a confundi-lo com o próprio art. 1356 do mesmo diploma e pretender, de forma expressa,

criar nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica à revelia dos requisitos do art. 50 do Código Civil.

(...)

253. Por fim, o Impugnante reitera, nos termos da Impugnação já apresentada pela Auto Adesivos, que:

(i) O registro e amortização do ágio ora debatidos foram efetuados em integral consonância com a legislação de regência da matéria;

(ii) A regulamentação da CVM tornava inconveniente a realização da aquisição pelo Impugnante, que não podia investir em sociedades limitadas (como eram a Auto Adesivos e a RR Etiquetas), nem conceder mútuo aos acionistas originais, como poderia vir a ser necessário, de modo que a utilização da Principal se mostrava a alternativa de mais simples e ágil implementação;

(iii) Todos os atos foram praticados em consonância com suas legítimas causas jurídicas e visaram às suas finalidades típicas, não havendo que se falar em dolo ou simulação;

(iv) Todas as operações ora discutidas foram levadas a registro público, bem como informadas em obrigações acessórias entregues pelo Impugnante, pela Principal, pela CCRR, pela Auto Adesivos e pela RR Etiquetas, sendo totalmente descabidas as alegações de sonegação;

(v) O art. 124, inciso I, do CTN apenas permite a responsabilização daqueles que já ocupam o polo passivo da relação tributária e que realizam conjuntamente o fato gerador da obrigação fiscal (condôminos em relação ao IPTU e prestadores de serviço em relação ao ISS, por exemplo), não sendo aplicável aos casos em que não há prática conjunta do fato gerador;

(vi) O PN 4/18 apenas permite a responsabilização de terceiros na hipótese de cometimento de ato ilícito doloso, que, como já exaustivamente demonstrado nestes autos, nunca foram praticados pelo Impugnante, pela Principal, pela CCRR nem pela Auto Adesivos.

(vii) Em vista da inexistência de sonegação, a imposição da multa de ofício em percentual de 150% não pode ser admitida;

(viii) A imposição de multa isolada cumulada com multa de ofício é nítido bis in idem que não deve ser admitido, nos termos da Súmula Carf 105;

(ix) Não há norma jurídica que determine a adição das despesas de amortização de ágio à base de cálculo da CSLL; e

(x) Não deve haver incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e isolada.

A impugnação do coobrigado Valdir Arjona Gaspar traz os seguintes argumentos, resumidos pela decisão recorrida:

Além das razões de impugnação já trazidas, o impugnante se escora nos fatos de não haver participado da constituição e administração da PRINCIPAL ou da BPMB Ômicron, e que a autoridade não pontuou nenhuma conduta específica efetivamente realizada por ele enquanto administrador da AAP, mas se firma em meras presunções para incluí-lo no polo passivo.

Explica:

77. Nada disso foi feito no caso em tela. Não se evidenciou em momento algum o motivo pelo qual o Auto de Infração deveria extrapolar os limites da pessoa jurídica e ser direcionado ao Impugnante, na qualidade de responsável pessoal. A Fiscalização se limitou a afirmar (na verdade, presumir) que houve “atuação efetiva” e “participação” do Impugnante nos atos questionados pela fiscalização unicamente por ter figurado nos quadros societários de empresa do grupo (fl. 74). Confira-se:

“Vê-se assim que VALDIR ARJONA GASPAS teve atuação efetiva, ou na qualidade de diretor, ou na de membro do Conselho de Administração, nas empresas que formaram o grupo que seria adquirido pelo FIP BTG, por meio da PRINCIPAL.

A estrutura criada por neste grupo de empresas que seria adquirido foi decisivo para viabilizar a transferência do ágio para a AAP, o que, como vimos, se deu por meio de processo simulatório.

Além disso, vê-se também que VALDIR permaneceu no quadro da AAP nos anos que houve o aproveitamento fiscal do ágio, os quais são objeto do presente lançamento de ofício. Ou seja, teve participação nos atos de execução, bem como nos atos de consumação, o que justifica a imputação de responsável solidário pelo IRPJ e pela CSLL aqui lançados de ofício.”

78. A leitura do Relatório Fiscal evidencia que a descrição dos fatos e razões que levaram à responsabilização pessoal e solidária do Impugnante se limitou aos parágrafos transcritos acima, que não trazem nenhum indício (e muito menos uma prova concreta) de atos abusivos eventualmente cometidos pelo Impugnante. Pela simples leitura do parágrafo acima transcrito verifica-se o erro de imputação realizado pela fiscalização: o Impugnante, ao contrário do que foi dito, jamais foi diretor ou membro do Conselho das empresas investidoras, Principal, BPMB Ômicron ou mesmo do FIP BTG. Sua atividade se restringiu às empresas que receberam o investimento!

(...)

83. Em outros termos, a autoridade lançadora simplesmente parte de uma presunção infundada de que o cargo ocupado pelo Impugnante nas empresas que receberam o investimento (e não nas empresas que o realizaram) poderia ensejar a sua responsabilidade pessoal e solidária por tributos supostamente devidos a partir da amortização do ágio gerado em tal investimento. Além disso, não foi feita a identificação e tampouco comprovação de atos concretos supostamente cometidos, o que não encontra amparo na lei.

(...)

113. Em que pese a alegação, o TVF não aponta qualquer documento, ato societário ou ata da administração que o Impugnante tenha efetivamente participado e que revele ato abusivo ou praticado em excesso de poder. Isto é, não há, indicação de qualquer ato ou documentação subscrita pelo Impugnante que reflita as transações e que tenham a participação direta do Impugnante, o que já seria suficiente para o cancelamento da sua responsabilização pessoal.

A Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 08 prolatou o Acórdão 108-035.170 pelo qual considerou improcedente a impugnação, em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018

INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. ÁGIO. FUNDAMENTOS.

A definição da parcela do ágio que deverá ser identificada como resultante de cada um dos fundamentos econômicos não é de livre escolha do contribuinte. Adquirida uma participação societária com ágio, o primeiro passo é saber se há uma diferença entre o valor atual, de mercado, dos bens do ativo e o custo histórico que está registrado na contabilidade da controlada ou coligada. Para isso, é necessário proceder a uma avaliação atualizada desses bens. Somente depois de identificada e alocada essa parcela referente à diferença entre o valor de mercado e o valor histórico de registro é que se pode constatar se há um valor remanescente, esse sim referente ao ágio por expectativa de rentabilidade futura (ou goodwill).

LAUDO DE AVALIAÇÃO. SUPORTE DA ESCRITURAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE.

O desmembramento do ágio é realizado no momento da operação, segundo o princípio da oportunidade, princípio contábil fundamental que exige o imediato e correto registro dos fatos, inclusive quanto à documentação de suporte, princípio reiterado na previsão legal específica.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Em que pese a referência feita, em algumas das disposições, ao lucro real, e o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o preconizado pelos arts.

22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77 deixam claro que, para fins fiscais, os efeitos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial nas contas de resultado só devem ser considerados na baixa do investimento.

Assim, considerado o disposto no art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, não há que se falar em dedutibilidade do ágio amortizado contabilmente da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ASPECTOS ECONÔMICO E JURÍDICO.

São solidariamente obrigadas aquelas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Pessoas atuando de maneira concorrente, valendo-se de construções artificiais e ardilosas para se esquivar de obrigações tributárias, são atraídas para o pólo passivo da obrigação tributária, vez que se caracteriza o interesse tanto econômico quanto jurídico, implicando na solidariedade prevista no art. 124, inciso I do CTN.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Devidamente cientificados, a pessoa jurídica e os coobrigados recorreram tempestivamente a este colegiado, ratificando as razões expeditas nas peças impugnatórias.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto – Relator

Os recursos são tempestivos e interpostos por signatário devidamente legitimado, merecendo ser conhecidos.

I - Recurso Voluntário da pessoa jurídica autuada:

1) Decadência:

Em sede de prejudicial de mérito, a autuada suscita a decadência para os fatos geradores concernentes ao ano-calendário de 2016. Defende a inexistência de dolo, fraude ou simulação que levasse a contagem do prazo de caducidade ao inciso I, do art. 173 do CTN, sendo aplicável ao caso a regra do art. 150, § 4º, desse diploma legal, implicando que o termo final da decadência para o período em questão seria 31/12/2021. Com ciência da autuação em 12/08/2022, teria ocorrido a caducidade.

A avaliação quanto à existência da conduta que justifique a imputação de dolo, fraude ou simulação será feita em momento posterior desse voto, isso se mantida a exigência quanto ao mérito. Entretanto, cabe ressaltar, conforme registrado pela própria recorrente, que a posição do STJ quanto ao tema implica na aplicação da regra do art. 150, § 4º, desde que haja pagamento. No caso, a autuada apresentou prejuízo fiscal e saldo negativo de CSLL em todos os anos-calendário abrangidos no procedimento fiscal.

Portanto, inexistente comprovação de pagamento que justifique a regra arguida, mantendo-se a contagem sob a égide do inciso I, do art. 173, do CTN. Rejeita-se, destarte, a prejudicial.

2) Amortização do ágio:

No mérito, importa preliminarmente delimitar as razões da Fiscalização que implicaram na formalização da exigência. Isso porque, nas peças de defesa, a autuada afirma que o Fiscalização teria glosado o ágio simplesmente por entender que seria nula a constituição da empresa (Principal) que adquiriu a participação societária. Defende ainda que todas as demais acusações feitas quanto à estrutura da operação decorrem do que seria essa falsa premissa.

Isso não é verdade.

Existiu sim um questionamento em relação à utilização de uma empresa de prateleira para receber o aporte de recursos e realizar a aquisição. Tal procedimento, inserido num rol maior de irregularidades, representou um dos fatores que implicou no entendimento pela conduta dolosa, a justificar a imputação da multa qualificada.

Por outro lado, a glosa do ágio foi motivada por circunstâncias outras claramente identificadas no RF as quais, mesmo eventualmente relacionadas ou decorrentes direta ou indiretamente do uso da empresa de prateleira, representam fatos distintos:

- A transferência de ágio implicou na inexistência de confusão patrimonial entre a real investidora e investida;
- Os laudos que embasaram o procedimento seriam extemporâneos;
- Residualidade do ágio por expectativa de rentabilidade futura; e;
- Alocação do ágio entre as subsidiárias de forma desproporcional ao estabelecido no laudo ERF.

Na linha do procedimento fiscal, far-se-á a análise da dedutibilidade do ágio com base nesses fatores.

Sustenta a recorrente que o registro do ágio pela PRINCIPAL a posterior dedução pela AAP (recorrente) após os eventos societários, traria em seu bojo a confusão patrimonial suscitada. Com base no histórico do RF, parece-me que não é bem assim.

Em primeiro lugar, a PRINCIPAL é claramente uma empresa de prateleira adquirida e utilizada pelo grupo BTG Pactual:

(...) a Principal foi criada em 19/08/2010, com a denominação de MDRJ 20 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, um capital de R\$ 1.000,00, conforme ata da Assembleia Geral de Constituição, disponibilizada na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02. Ela tinha como acionistas MARCELO DUARTE e DIEGO CARREIRO MESA, pessoas físicas já conhecidas por serem os acionistas formais de várias empresas de prateleiras, criadas por escritórios especializados e facilitadores no fornecimento de CNPJ para operações que demandem urgência na criação de empresas.

A alteração da denominação para PRINCIPAL foi feita com a saída dos sócios originais e entrada de executivos do Grupo BTG Pactual.

Foi capitalizada por outra empresa do grupo, a BPMB :

Em 09/09/2011, o capital da PRINCIPAL foi aumentado pela BPMB ÔMICRON PARTICIPAÇÕES S/A, empresa do grupo BTG Pactual, em R\$ 88.050.000,00; através da integralização de 88.050.000 novas ações ordinárias. O acionista majoritário (99%) da BPMB era o fundo de investimentos FIP BTG e o minoritário (1%) a empresa PRINCIPAL NPA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, ambas do grupo BTG. A integralização foi feita em dois depósitos, um de R\$ 70.000.000,00 e outro de R\$ 18.050.000,00.

Vê-se que a investidora foi a BPMB, que na verdade corresponde ao FIP BTG acionista majoritário com 99%. Com esses recursos, foi adquirida a CCRR na operação que gerou o ágio:

Em 26/09/2011, formalizou-se o contrato para aquisição da CCRR, através de uma subscrição de R\$ 72.000.000,00 (4 parcelas de R\$ 18.000.000,00) e uma aquisição propriamente dita no montante de R\$ 70.000.000,00, utilizando-se o depósito feito anteriormente. Esse valor foi imediatamente transferido para as pessoas físicas detentoras das ações da CCRR adquiridas. A data de fechamento do contrato foi estabelecida em 14/10/2011.

Lembrando que dentro da CCRR estavam as empresas operacionais dos grupos COLACRIL (a recorrente) e RR, objetivo principal da operação, segundo o Fisco. A seguir:

(,,,) em 30/09/2012, após efetivação de todas as subscrições de capital compromissadas, a CCRR incorporou a PRINCIPAL e absorveu o ágio gerado na incorporada.

Se por hipótese, não houvesse questionamento em relação à regularidade na utilização de empresas de prateleira ou empresas veículo em operações como a aqui analisada, a absorção da PRINCIPAL (“investidora”) pela CCRR (investida) representaria a denominada incorporação reversa e a incorporadora poderia efetuar a amortização do ágio nos termos da legislação.

Entretanto, mesmo que se acolha a PRINCIPAL como investidora e a CCRR como investida, fato é que o ágio não foi amortizado por nenhuma delas. Isso porque:

Em 30/11/2013, a CCRR foi cindida e repartiu seu patrimônio para as subsidiárias AAP (recorrente) e RRE que, então, passaram a amortizar o ágio a partir de dezembro de 2013.

A recorrente não é investidora nem investida. Sob esse prisma, o ágio passou a ser amortizado por pessoa jurídica totalmente estranha à operação que o gerou.

Nem mesmo a PRINCIPAL pode ser tida como investidora. Não posso concordar com a alegação de que os recursos utilizados pela PRINCIPAL pertenceriam a ela, como sustentado pela defesa. Claro está que foi capitalizada pelo FIP BTG (através da BPMB) para atender um interesse específico. Esse fundo de investimentos é o real investidor.

Conforme documentos trazidos aos autos pelo RF, a identificação do investidor é reconhecida em documentos de emissão das próprias interessadas. Às fls. 54, imagem do sítio da Beontag (nova denominação da CCRR) informa no menu “Nossa História” a aquisição do grupo CCRR pelo FIP BTG. Sob o mesmo teto, no processo junto ao CADE relativo à essa operação é mencionado textualmente (fls. 54/55 do RF) que a operação a ser analisada é a aquisição da CCRR pelo FIP BTG.

Trata-se de uma típica operação de transferência de ágio sem previsão no ordenamento. Nessa questão não se discute a legalidade ou não de utilização da empresa de prateleira – o que será analisado em momento posterior deste voto – mas os efeitos desse procedimento no que tange fundamentalmente a permitir a amortização do ágio por agente estranho à relação investidor /investida.

Tal procedimento não é aceito pela jurisprudência atual deste Colegiado. Em julgamento recente (07/03/2024) , a 1ª Turma da CSRF prolatou o Acórdão 9101-006.864 assim ementado, no que interessa ao caso:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida

O voto condutor, por sua vez, teve por base o entendimento manifestado em voto paradigmático proferido pelo então conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão 1103-001.1170, ainda perfeitamente atual. Transcrevo trechos que traduzem com perfeição as razões pela impossibilidade de aproveitamento do ágio transferido:

(,,,,)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

Ao se apreciar o aspecto pessoal, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.

E a norma em debate se dirige à investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o

ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

(...)

Ainda, há que se consumir a confusão de patrimônio entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (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...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário nº qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento."

(,,,,)

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o caput do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a

original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendido os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade.

(,,)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Do até aqui exposto, mesmo na hipótese de se entender que a utilização da empresa de prateleira tenha justificativa societária, tal circunstância não se constituiria em permissivo para o aproveitamento do ágio nos moldes efetuados, eis que em desacordo com os normativos vigentes e a jurisprudência administrativa.

Na hipótese de ser vencido, passo a analisar as demais razões da Fiscalização.

Em relação à extemporaneidade dos laudos, cabe registrar que as exigências trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 12.973/2014, no que se refere ao laudo para comprovação da rentabilidade futura, não se aplicam aos fatos geradores anteriores em relação aos quais, no meu entendimento, a comprovação da rentabilidade futura pode ser feita por qualquer documento hábil e idôneo.

A recorrente apresentou como fundamento da rentabilidade futura da investida o denominado "Estudo Poyry" em maio/2011 e o "CCRR – Transaction Case Study" em outubro/2011 cujas informações teriam sido posteriormente confirmadas pelos laudos. Antes de avaliar os laudos, e manifestar-se pela extemporaneidade, caberia à autoridade lançadora examinar os documentos suscitados como justificativa do valor do ágio e, se for o caso, desclassificá-los. Não

vislumbrei no RF manifestação nesse sentido, motivo pelo qual entendo que, no presente caso, a extemporaneidade dos laudos não pode ser utilizada para desqualificar a amortização do ágio.

No que se refere ao caráter residual do ágio por rentabilidade futura, é matéria que não tem respaldo na jurisprudência recente deste colegiado. Na mesma linha do explanado quanto à extemporaneidade dos laudos, o entendimento prevalecente é que a necessidade de avaliação a valor de mercado dos bens do ativo somente passou a vigorar a partir da Lei nº 12.973/2014. Até então inexistia uma ordem que determinasse esse procedimento antes da quantificação da rentabilidade futura. Em recente julgamento (05/03/2024), a Primeira Turma da CSRF deixou claro esse posicionamento no Acórdão 9101- 006.845, assim ementado:

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. CARÁTER RESIDUAL DO FUNDAMENTO EM RENTABILIDADE FUTURA. INAPLICABILIDADE ANTES DA LEI Nº 12.973/2014.

O §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, em sua redação original, não determina uma ordem a ser seguida para justificativa do ágio em um dos fundamentos expressos em suas alíneas “a” a “c”.

Transcrevo parte do voto condutor que se refere ao ano-calendário de 2007, mas também aqui aplicável:

(...)

Em relação a tal ponto, também crucial em relação ao recurso voluntário, corroboro do entendimento da decisão recorrida, e também aduzido pela Recorrente, de que a necessidade de avaliação a valor de mercado dos bens do ativo somente passou a ser exigido após a edição da Lei nº 12.973/2014. Tratando-se de fatos geradores ocorridos em 2007, sequer vigiam as alterações trazidas pela Lei nº 11.638/2007 que passaram a prever novas regras contábeis a partir de 2008.

Ressalta-se ainda que a Lei nº 11.941/2009, em seus artigos 15 a 24, instituiu o denominado Regime Tributário de Transição – RTT, tratando dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/2007, e pelos arts. 37 e 38 da própria Lei nº 11.941/2009, sendo que o RTT teria início já no ano-calendário de 2008 e vigeria até a entrada em vigor de lei que viesse a disciplinar os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

Com o intuito de manter a neutralidade tributária, buscava-se, justamente, que fossem aplicadas as regras tributárias e contábeis vigentes até 31/12/2007 para cálculo dos tributos federais.

E, nesse cenário, não há dúvida: a questão atinente à formação e amortização de ágio deveria se dar de acordo com as normas então vigentes. E, nesse particular, vigia o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, base legal do art. 385 do RIR/99, a seguir reproduzido:

(...)

Em suma, não havia a obrigatoriedade de, em primeiro lugar, fazer a avaliação dos ativos a valor justo para então se quantificar a rentabilidade futura do investimento. A necessidade de avaliação dos ativos a valor justo somente foi criada, para fins contábeis, com a edição da Lei nº 11.638/2007 (efeitos a partir de 01/01/2008), e, para fins tributários, com o advento da lei nº 12.973/2014. Tratando-se de fato gerador ocorrido no ano-calendário de 2007, vigiam as normas que, como visto, desdobravam o custo de aquisição com base no patrimônio líquido e ágio/deságio, sendo que tal mais valia, ou menos valia, deveria estar fundamentada em: I – valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, ou; II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, ou; III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Não é demais lembrar que absolutamente todos os casos analisados por esta turma na vigência do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 classificaram o ágio em um dos fundamentados permitidos pela lei, jamais em dois ou mais deles, não sendo tal matéria jamais questionada nos procedimentos fiscais em questão.

Por fim, em relação à suposta irregularidade na alocação do ágio entre a atuada e a empresa RRE, entendo que a proporcionalidade arguida pela autoridade fiscal só teria aplicabilidade se as empresas fossem avaliadas em conjunto. Em outras palavras, se o laudo estabelecesse um valor único para as duas empresas, a necessidade de alocar o ágio individualmente implicaria na necessidade de aplicação de um critério para cálculo do ágio seria quase obrigatória a utilização da proporcionalidade.

Entretanto, o laudo ERF calcula a expectativa de rentabilidade de forma individualizada. Assim, desde que o valor amortizado não seja superior ao apurado – o que implicaria em benefício tributário sem base documental – não vislumbro a irregularidade suscitada.

Em resumo, das irregularidades apontadas pela Fiscalização que implicariam, individualmente na impossibilidade de amortização do ágio, entendo que a atuação deve ser mantida apenas pelas consequências da transferência do ágio, conforme explicitado acima.

Registre-se que o Acórdão 1201-001.897 que, segundo a defesa, trataria de caso semelhante ao presente e teria decidido por legitimar as operações efetuadas, não pode ser aqui aplicado. Naqueles autos, em juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela PGFN, a 1ª Turma da CSRF prolatou o Acórdão 9101-005.906 e não admitiu o recurso pois o paradigma apresentado pela Fazenda – esse sim, similar ao presente caso – era distinto da situação em análise. A ementa esclarece (destaque acrescido):

RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso especial quando inexistente similitude fática entre as situações examinadas no acórdão recorrido e no paradigma. A situação

examinada no acórdão paradigma é distinta da discutida no recorrido em que, embora também exista a acusação da utilização de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento do ágio, neste caso o ágio já surge na empresa criada para tal fim, enquanto que no paradigma ocorre a transferência do ágio pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” mediante a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

3) Imputação da multa qualificada:

Relativamente à imputação da multa qualificada, a utilização da empresa de prateleira foi tida como fator primordial na montagem do que seria um esquema fraudulento, conforme descrito no RF:

As Figuras 2, 3 e 5 evidenciam que o fato verdadeiramente ocorrido foi a aquisição da participação societária da CCRR pelo Grupo BTG, sendo que o fez por meio de um fundo de investimento, o FIP BTG, e este se utilizou das empresas veículos BPMB e PRINCIPAL. Esta situação é evidente, uma vez que o FIP BTG foi quem efetivamente realizou todos os procedimentos e tratativas para a aquisição da participação societária; era a real detentora dos recursos utilizados na operação; e era quem realmente tinha a intenção de investir e pagar pelo custo de aquisição do investimento (inclusive ágio) na CCRR, e suas subsidiárias operacionais.

Tanto que, ao final do processo, conforme Figura 9, o FIP BTG passou a ser acionista direto da CCRR, evidenciando a qualidade de investidora de fato do FIP BTG.

Assim, de forma bem objetiva: o FIP BTG detinha os recursos e quis comprar e pagar pelo custo de aquisição da participação societária na CCRR (incluindo ágio); o FIP BTG realizou pessoalmente todas as tratativas e procedimentos para a aquisição da participação societária na CCRR; o FIP BTG comprou a participação societária na CCRR; o FIP BTG não fundiu o seu patrimônio com o da sua investida; logo, as investidas do FIP BTG não poderiam utilizar-se da hipótese de aproveitamento do ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Dito dessa forma, fica bastante claro que a simulação praticada, mediante utilização de empresa-veículo, desde a compra-e-venda da participação societária e ao longo do conjunto de operações estruturadas em sequência até o ponto final almejado, foi elaborada como modo de criar a ilusão de que a investidora de fato e a investida tivessem participado de um evento societário de fusão incorporação ou fusão e que houvesse ocorrido de fato a fusão entre patrimônios de investidora e investida. A pretensão do FIP BTG nesta simulação, realizada com a formalização de tantos eventos societários, é apresentar à tributação, como elementos dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, o produto escritural desse

conjunto de atos societários que se desenvolveu nos vários momentos descritos não item 3.1.2.a.

Como já afirmado em momento anterior deste voto, mesmo na hipótese de se entender que a utilização da empresa de prateleira tenha justificativa societária, tal circunstância não se constituiria em permissivo para o aproveitamento do ágio nos moldes efetuados, eis que em desacordo com os normativos vigentes e a jurisprudência administrativa.

O que agora se discute é se o procedimento, além de não legitimar a amortização do ágio, têm características fraudulentas.

Considerando o interesse do FIP BTG em participar do capital da autuada, a defesa admite a impossibilidade de investimento direto em função de não ser admitida pelas normas da CVM a participação direta de FIPs no capital de empresas de responsabilidade limitada. Sendo assim, o uso da empresa de prateleira teria sido uma alternativa para não hostilizar normas do órgão regulador.

Levando em conta que não consta dos autos indicativo de aplicação de sanções pela CVM e considerando ainda que a operação foi submetida ao CADE, conforme cópia parcial trazida aos autos pela autoridade lançadora, entendo que, conforme já exposto, a utilização da empresa de prateleira, pelos seus efeitos, impede a amortização do ágio mas não caracteriza, *de per si*, a fraude arguida pela Fiscalização.

Sendo assim, voto no sentido de excluir a multa qualificada.

4) Amortização do ágio na base de cálculo da CSLL:

No que se refere à adição do ágio indedutível à base de cálculo da CSLL existe remansosa jurisprudência na CSRF explicitando a legitimidade do procedimento fiscal. Todas as decisões abaixo mencionadas são do corrente ano de 2024:

Acórdão 9101-007.001

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

Acórdão 9101-006.854

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2002

NÃO DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Não se admite a dedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL, em face da neutralidade tributária da equivalência patrimonial.

Acórdão 9101-006.864

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

NEUTRALIDADE DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A neutralidade de despesas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL possui amparo nas próprias normas que regem a exigência da referida contribuição.

Em relação ao Acórdão 9101-006.864 supra mencionado, transcrevo voto de lavra da ilustre ex- Conselheira Adriana Gomes Rego proferido no Acórdão 9101-002.310 e utilizado como referência pelo relator:

Vale assinalar que não se trata da hipótese de absorção da participação em controlada ou coligada em virtude de incorporação, fusão ou cisão, de que trata a Lei nº 9.532/1997 em seus arts. 7º e 8º, mas de participação mantida na investidora.

A discussão, então, cinge-se à possibilidade de uma pessoa jurídica que tem um investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial adquirido com ágio, poder deduzir da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização desse ágio.

Nesse sentido, tem-se que a avaliação de investimentos em outras sociedades (participações societárias) pelo valor do patrimônio líquido, método da equivalência patrimonial (ou MEP), encontra-se regulada pela Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Com efeito, o art. 248 desse diploma legal estabelece a obrigatoriedade de avaliação dos investimentos em empresas coligadas, controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum por esse método e estabelece suas regras.

No âmbito tributário, coube ao Decreto-Lei nº 1.598/1977, como se vê de seu preâmbulo, "adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)". Assim, no que toca ao método da equivalência patrimonial, o Decreto-Lei em questão dedicou à essa matéria a Subseção II da Seção II, intitulada "Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido".

Inaugurando a subseção em comento, o art. 20 do Decreto-Lei estabelece que o custo de aquisição da participação societária deve ser desdobrado em valor de patrimônio líquido na época da aquisição e ágio ou deságio na aquisição²⁴. O § 2º do artigo em questão fixa quais são os fundamentos econômicos possíveis a justificar o ágio/deságio (valor de mercado de bens do ativo superior/inferior ao

registrado na contabilidade, rentabilidade de exercícios futuros e fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas).

Na sequência, os arts. 22, 23, 25 e 33, estabelecem os efeitos tributários que exsurtem da avaliação de investimentos pelo MEP. O que esses dispositivos estampam é que os efeitos que a avaliação de investimentos pelo MEP produz nas contas de resultado devem ser neutros para fins tributários (neutralidade), a exceção do caso de alienação ou liquidação (baixa) do investimento (art. 33). Tal neutralidade se estabelece tanto em relação à variação positiva ou negativa do valor do investimento em si por ocasião da avaliação pelo MEP (arts. 22 e 23), quanto em relação à amortização do ágio ou do deságio (art. 25).

Vale transcrever parcialmente os dispositivos em comento do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (na redação anterior à trazida pela Lei nº 12.973, de 2014, aplicável aos fatos), cabendo registrar que tais disposições se encontram reproduzidas no RIR/1999, em seus arts. 385, 389, 391 e 426:

(...)

Vê-se, assim, que o Decreto-Lei nº 1.598/1977 cumpre função estruturante no regramento da avaliação de investimentos pelo MEP, estabelecendo regras de contabilização que dizem com a neutralidade de seus efeitos na determinação do lucro tributável.

Em outras palavras, quis o legislador dizer que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio são lançadas como despesas (ou receitas), porém devem ser adicionadas ou excluídas, conforme o caso, da apuração do lucro real, justamente para que o ágio ou deságio só tenha influência por ocasião da alienação ou liquidação do investimento.

Não faz sentido, assim, admitir que as disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre os efeitos tributários da avaliação de investimentos pelo MEP, inclusive no que toca à amortização do ágio, não encontrem eco na apuração da CSLL, apenas por serem feitas algumas referências nos retrocitados dispositivos ao "lucro real".

É de se considerar, também, que, como bem registra a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, o Decreto-Lei nº 1.598/1977 - que, como se viu foi editado com o fim de "adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)" - é anterior à CSLL, introduzida no ordenamento jurídico em 1988, pela Lei 7.689.

Nesse contexto, tem-se ainda que, se o art. 57 da Lei nº 8.981/1995, ao estabelecer que se aplicam à CSLL "as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas (...)mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor"², não tem o condão de estabelecer uma absoluta identidade entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dele não se pode extrair que o fato de a legislação específica da CSLL não reproduzir o comando do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 em sua literalidade implica permissão de dedução.

Vale aqui trazer à colação o precedente do acórdão nº 1301-001.067 (1a Turma Ordinária da 3a Câmara da 1a Seção do CARF, 03/10/2012, Redator Designado Wilson Fernandes Guimarães), no sentido da indedutibilidade da amortização do ágio na determinação da CSLL por estar essa contribuição alcançada pelas disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre a matéria:

(...)

Outro argumento em favor da indedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL é o de que a neutralidade da avaliação dos investimentos pelo método da equivalência patrimonial em relação a essa contribuição está plasmada nas disposições do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, na medida em que os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do artigo em questão comandam a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP.

Ora, a neutralidade da amortização do ágio/deságio é consequência lógica da neutralidade do MEP em si, uma vez que o ágio (ou deságio) é, como se viu, desdobramento do investimento, sendo que sua amortização tem o condão de reduzi-lo. Vale transcrever parcialmente o art. 2º em comento (sublinhei):

(...)Veja-se, a propósito, como o Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior defende a indedutibilidade da amortização do ágio na apuração da CSLL com base nesse argumento em processo outro em que a ora Recorrente também figura como autuada (acórdão nº 1302-001.170, 2a Turma Ordinária da 3a Câmara da 1a Seção do CARF, 11/09/2013, sublinhei):

(....)

Vale destacar a importante observação feita nesse julgado, no sentido de que, a afirmação de que a despesa decorrente da amortização do ágio é dedutível conduz, *contrario sensu*, à conclusão de que a receita decorrente da amortização do deságio é tributada, o que não é razoável, e nem vem sendo exigido.

Some-se a essas razões o fato de a IN SRF nº 390/2004, que dispõe sobre a apuração e o pagamento da CSLL, ter sido expressa ao estabelecer em seu art. 44 que "aplicam-se à CSLL as normas relativas à depreciação, amortização e exaustão previstas na legislação do IRPJ, exceto as referentes a depreciação acelerada incentivada, observado o disposto nos art. 104 a 106".

É de se concluir, por conseguinte, que a neutralidade da avaliação pelo método da equivalência patrimonial das participações societárias mantidas na investidora não se restringe ao IRPJ, tendo lugar também na determinação da base de cálculo da CSLL, razão pela qual o ágio amortizado contabilmente não pode ser deduzido da base de cálculo dessa contribuição.

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário também em relação à CSLL.

5) Exigência da multa isolada:

O pagamento do imposto por estimativa foi instituído pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Essa Lei estabeleceu período de apuração trimestral para o IRPJ, com a opção anual sendo que, nesse último caso, existe a obrigatoriedade de recolher o tributo mensalmente, determinado sobre uma base de cálculo estimada mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais previstos no art. 15 da Lei nº 9.249/95.

Entendeu o legislador que, feita a opção pelo recolhimento por estimativa, a ausência ou insuficiência desses pagamentos constituiria em sanção passível de punição via multa de ofício calculada sobre o montante não recolhido e aplicada isoladamente, nos termos do inciso IV, do § 1º, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, em sua redação original.

A questão de fato é polêmica. Neste Colegiado, alguns entendem que não se justificaria a aplicação da multa após o encerramento do período de apuração, quando já teriam sido realizados os devidos ajustes. Nesse caso bastaria a cobrança de eventual imposto apurado no ajuste acompanhado, aí sim, da respectiva multa.

Esse posicionamento praticamente nega eficácia ao dispositivo legal supra mencionado, pois limitaria sua aplicabilidade a procedimentos de fiscalização efetuados durante o período sob exame. Além do mais, ignora a literalidade do texto legal que determina a aplicação da multa ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal no ajuste, ou seja, a Lei determina claramente que a multa pode ser imputada após o encerramento do período e mesmo sem tributo apurado no ajuste. A principal e respeitável linha argumentativa daqueles que defendem essa tese parte do próprio texto legal. Na redação original tem-se (destaque acrescido):

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

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

(....)

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

(....)

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

(.....)

Com base na redação do caput essa corrente defende que, mesmo na forma isolada, a multa incidiria sobre a totalidade ou diferença de tributo. Com a ressalva de que o valor pago a título de estimativa não tem a natureza de tributo, a lógica do pagamento de estimativas

seria antecipar para os meses do ano-calendário o recolhimento do tributo que, de outra forma, seria devido apenas ao final do exercício.

Sob essa ótica, a tese defende que o tributo apurado no ajuste e a estimativa paga ao longo do período devem estar intrinsecamente relacionados de forma a que a provisão para pagamento do tributo deve coincidir com o montante pago de estimativa ao final do exercício. Assim, concluem que só há que se falar em multa isolada quando evidenciada a existência de tributo devido.

A princípio, alinhei-me nessa posição e com ela votei em alguns julgados. Hoje, após cuidadosa reflexão penso que essa tese está equivocada porque, apesar de sua construção lógica ser irrefutável, mistura situações distintas.

O texto original da lei estabelece que a multa isolada seria calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição. Entendeu-se assim que o legislador estabeleceu uma norma de imposição tributária quando na verdade o não recolhimento das estimativas impõe a aplicação de uma regra sancionatória.

Aquela avaliação não mais se justifica a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção (destaque acrescido):

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

(.....)

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

(.....)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

(.....)

Inexiste assim a estreita correlação entre o tributo correspondente e a estimativa a ser paga no curso do ano. Registre-se que essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa, simplesmente torna mais clara a intenção do legislador.

A inexistência de correlação entre o tributo e a estimativa fez-me refletir também sobre a questão da concomitância, ou seja, a aplicação da multa de ofício exigida junto com o tributo e a multa sobre as estimativas.

Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados consuntos, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado consuntivo, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave.

Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.

No voto paradigma que decidiu casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.

Pois bem. Doutrinariamente, existe crime progressivo quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um minus em direção a um plus.

Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.

Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.

Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.

Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.

Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo.

Sob essa ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou a norma ao caso concreto, no exercício do poder-dever legal, motivo pelo qual voto por manter a imputação da multa isolada em sua integralidade.

Importa ressaltar que a Súmula CARF nº 101 NÃO SE APLICA A FATOS GERADORES POSTERIORES À LEI Nº 11.488/2007, eis que todas as decisões que serviram de base à edição da Súmula não levaram em consideração a mudança legislativa.

Quanto à possibilidade de exigência da multa isolada após o encerramento do ano—calendário, registre-se a jurisprudência unânime desta corte pela regularidade da cobrança.

De todo o exposto, nego provimento ao recurso nessa matéria.

6) Exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Trata-se de questão superada pelo advento da Súmula CARF nº 108, de Enunciado:

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

II) Recurso Voluntário dos coobrigados:

No que se refere à imputação da responsabilidade importa preliminarmente de finir o alcance dos dispositivos que regem a matéria.

Sob esse prisma, esclareça-se que a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem. Tanto é assim, que o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador.

Para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

Mais ainda, é necessário que o interesse comum não seja simplesmente econômico mas sim jurídico, entendendo-se como tal aquele derivado de uma relação jurídica da qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitima a postular em juízo em defesa do seu interesse.

No presente caso, o interesse econômico comum é evidente. As operações societárias sob exame podem ser resumidas na aquisição do controle da empresa autuada pelo FIP BTG.

A pergunta é: existe o interesse jurídico que justifique a sujeição passiva solidária com base no inciso I, do art. 124, do CTN?

O RF justifica a eleição do FIP BTG como coobrigado nos seguintes termos:

(...)

As orientações do PN COSIT nº 04/18 acima destacadas, conjugadas com os fatos relatados neste Relatório Fiscal, que ensejaram a qualificação da multa de ofício, em função da caracterização da simulação, apontam, de forma inequívoca, para a necessidade de responsabilização do FIP BTG por interesse comum (...)

O trecho do mencionado Parecer destacado pela autoridade lançadora trata da responsabilidade tributária por ato ilícito, que é endossado no RF pelos *“fatos que ensejaram a qualificação da multa de ofício”*.

Assim, a Fiscalização vinculou a imputação da responsabilidade solidária ao FIP BTG simplesmente à ocorrência da alegada simulação.

De imediato, não vislumbro que essa situação crie isoladamente o vínculo jurídico necessário para o enquadramento no dispositivo em comento. Mais ainda, tendo em vista meu entendimento pela inexistência da fraude suscitada, e a vinculação da minha análise ao conteúdo do procedimento fiscal, não há como prosperar a responsabilidade do coobrigado FIP BTG com base no inciso I, do art. 124, do CTN.

Importa registrar meu posicionamento pela exceção à regra, na situação em que se constata a existência de grupo econômico de fato muitas vezes sem qualquer vinculação formal mas sob a mesma administração. Nesse caso, em tese caberia sim a responsabilização dos

integrantes pessoas físicas ou jurídicas, eis que seria a única forma de se avaliar o real alcance dos efeitos da dívida tributária

Quanto à responsabilização do Sr. Valdir Arjona Gaspar com base no inciso III, do art. 135, do CTN, cabe ressaltar que o dispositivo em questão é direcionado àquelas pessoas que exercem de fato a administração da pessoa jurídica e nesse exercício pratiquem o ato infracional ali previsto.

Não basta ter sido beneficiado pela infração cometida. Tal circunstância pode, em tese, até gerar consequências na esfera penal mas, sem a prova do poder de gerência e/ou da prática do ato, não pode haver o enquadramento no inciso III, do art. 135, do CTN.

Como já dito, a responsabilidade tributária deve ser buscada dentro das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. No caso dos sócios e/ou diretores, o art. 135 estabelece hipóteses de responsabilização pela prática de atos infracionais ali descritos.

Para aplicação do art. 135, do CTN, é necessário preliminarmente que seja identificado expressamente qual ato infracional gerou o enquadramento e quem o praticou.

Mas não é só isso.

O artigo 135 só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade.

Caso não o seja, a responsabilidade tributária será exclusivamente da pessoa jurídica. Isto porque, se o ato do administrador não contrariar as normas societárias, contrato social ou estatuto, quem está praticando o ato será a sociedade, e não o sócio, devendo a pessoa jurídica responder pelo pagamento do tributo.

Trazendo esses conceitos para a questão tributária, a responsabilização do(s) sócio(s) e/ou administrador(es) sobre a dívida, com base no inciso III, do art. 135 prescinde de duas premissas fundamentais:

- Individualização da conduta; e
- Prática de ato com infração à lei contrário aos interesses da sociedade, que não se confunde com o inadimplemento tributário.

O RF, após elencar os cargos ocupados pelo arrolado e transcrever dispositivos do Estatuto da Companhia, sustenta (destaque acrescido):

(...)

Vê-se assim que VALDIR ARJONA GASPAR teve atuação efetiva, ou na qualidade de diretor, ou na de membro do Conselho de Administração, nas empresas que formaram o grupo que seria adquirido pelo FIP BTG, por meio da PRINCIPAL. A estrutura criada por neste grupo de empresas que seria adquirido foi decisivo para viabilizar a transferência do ágio para a AAP, o que, como vimos, se deu por meio de processo simulatório.

(...)

Nenhuma das premissas foi cumprida no procedimento fiscal. Primeiramente, não foi demonstrada a individualização da conduta. Chama a atenção o texto do RF (destaque acrescido):

(...)

Vale destacar que, como membro do Conselho de Administração da Companhia, o Sr. VALDIR ARJONA GASPAR exercia, com os outros membros e a Diretoria, a efetiva administração da empresa, nos termos do Estatuto da AAP, cujas cláusulas relevantes reproduzimos a seguir:

(...)

Ora, admitido pela Fiscalização que o coobrigado exercia a administração da empresa com outros membros da diretoria, caberia esclarecer o motivo de apenas ele ter arrolado.

Mesmo que, por hipótese, o Fisco lograsse vincular a prática das operações questionadas ao coobrigado, ainda assim a responsabilização não poderia ser endossada. Isso porque, quanto à segunda premissa, o procedimento fiscal não merece melhor sorte. A partir do instante em que este relator não acolheu do RF pela existência de simulação não há que se falar em prática de ato com infração à lei que justifique o enquadramento.

Do exposto, voto por cancelar a responsabilidade solidária dos coobrigados.

III) Resumo:

Em resumo do meu voto, tem-se:

- Rejeitar a arguição de decadência referente ao ano-calendário de 2016;
- Negar provimento ao recurso quanto ao mérito da exigência, mantendo-se a glosa de amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL;
- Reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento) e manter a exigência dos juros de mora sobre essa multa;
- Manter a exigência das multas isoladas; e;
- Excluir os coobrigados do polo passivo da relação jurídico-tributária.

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto