



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720138/2019-21
ACÓRDÃO	1101-001.383 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	RI HAPPY BRINQUEDOS S.A. (RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS: JUAN CARLOS FELIX ESTUPINAN E HECTOR NUÑEZ)
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DECISÃO DE PISO. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte. Descabe a alegação de nulidade quando não existirem no processo atos insanáveis, ainda mais quando comprovado que a autoridade lançadora observou, durante os trabalhos de auditoria, os procedimentos previstos na legislação tributária.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

COMPRA ALAVANCADA. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DE TERCEIROS PARA ADQUIRENTE. FORMA DE FINANCIAMENTO É OPÇÃO DISCRICIONÁRIA DO CONTRIBUINTE. AFASTAMENTO DA TESE DE REAL ADQUIRENTE.

A fonte de recursos para investimento é uma opção discricionária da empresa, que tanto pode ser por meio de recursos próprios, aporte de capital dos seus sócios, empréstimo junto a instituições financeiras ou emissão de títulos no mercado de capitais, não cabendo ao FISCO questionar a forma de financiamento da empresa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator: i) por unanimidade de votos, para afastar a glosa de despesas financeiras decorrentes da compra alavancada; ii) por maioria de votos, para afastar as glosas de ágio; vencidos os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Edmilson Borges Gomes que mantinham a glosa de ágio em razão da utilização de empresa veículo. O Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Sala de Sessões, em 11 de setembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz – Relator

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior - Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (Suplente convocado) e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntários apresentados pelo contribuinte (e-fls: 4622-4753) e pelos responsáveis solidários (e-fls.5426-5466 – Sr. Juan Carlos Felix Estupian e; efls.5526-5565 – Sr. Hector Nuñez) contra Acórdão da DRJ (efls. 4455-4597) que julgou improcedentes as Impugnações Administrativas do contribuinte (e-fls. 4104/4220) e dos sujeitos passivos solidários (efls.4404-443- Sr. Juan Carlos Felix Estupian e; efls.4319-4353 – Sr. Hector Nuñez) interpostas contra autos de infração de IRPJ e CSLL referentes aos ano-calendário de 2015 e 2016 (e-fls. 4.044/4056; efls. 4.060/4071), por sua vez consubstanciada em Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 3.927/4.042), com acréscimos de juros de mora e multa qualificada de 150%, com retificações das compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL referentes ao mesmo período.

Para síntese dos fatos, reproduzo o Relatório do Acórdão recorrido (efls. 4455-4597):

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito pela DEMAC – São Paulo, foram lavrados os Autos de Infração, decorrentes do TDPF 0818500.2018.00222, para exigência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fl. 4.044/4.056) no valor de R\$ 11.633.733,21 e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fl. 4.060/4.071) no valor de R\$ 4.202.967,69, montantes estes acrescidos de multa qualificada de 150% e dos juros de mora relativos aos anos-calendários de 2015 e 2016. Foram efetuadas, ainda, retificações das compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL relativos aos mesmos períodos.

Além da Ri Happy (contribuinte), a autoridade tributária identificou como sujeitos passivos responsáveis Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez.

Reproduzem-se trechos do Termo de Verificação Fiscal (fl. 3.927/4.042) que versam sobre o procedimento de fiscalização e sobre as infrações apuradas:

1. Introdução – Ação Fiscal:

☐ Em extração realizada nos sistemas da RFB pela Divisão de Programação, foram identificados os lançamentos de exclusão na Parte A do LALUR referentes à amortização de ágio por rentabilidade futura (Goodwill), nos montantes de R\$ 92.645.112,74 em 2015 e de R\$ 94.874.484,43 em 2016. Tais valores são compostos pela amortização de três diferentes ágios, denominados pelo contribuinte de ágio T4U, ágio T4U I e T4U II;

☐ O contribuinte ora fiscalizado também já havia sido objeto de outra ação fiscal, programada para a análise da apuração do IRPJ referente aos anos-calendário de 2012 a 2014. Tal ação fiscal foi encerrada em fevereiro de 2017, gerando como resultado autos de infração de IRPJ e de CSLL que constam do processo de nº 16561.720001/2017-13;

☐ Constatou-se na presente ação fiscal a ocorrência de planejamento tributário abusivo, em que empresas veículo foram utilizadas para transportar, para os livros da fiscalizada, tanto ágios gerados em sua própria aquisição quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição, na qual se utilizou o mecanismo da compra alavancada, e assim foram geradas elevadas despesas financeiras no período de 2012 a 2016;

2. Contribuinte:

☐ A Ri Happy Brinquedos S/A é uma companhia que tem como principal atividade o comércio varejista e atacadista de brinquedos em geral e de outros artigos relacionados tais como produtos eletrônicos e livros, bem como a importação e exportação de brinquedos. Fundada em 1988, teve, em 2012, seu controle adquirido pelo Grupo Carlyle, que, mediante a utilização de fundos de investimento, mantém o controle da empresa e, conseqüentemente, das demais empresas do grupo, entre elas a rede de lojas PBKIDS;

3. Verificação da Dedutibilidade da Despesa de Amortização de Ágio:

3.1. Da Legislação Aplicável:

☐ Na legislação tributária, o ágio surgido em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido encontra-se disciplinado nos artigos 385, 386, 391 e 426 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999 (RIR/1999);

3.2. Dos Fatos:

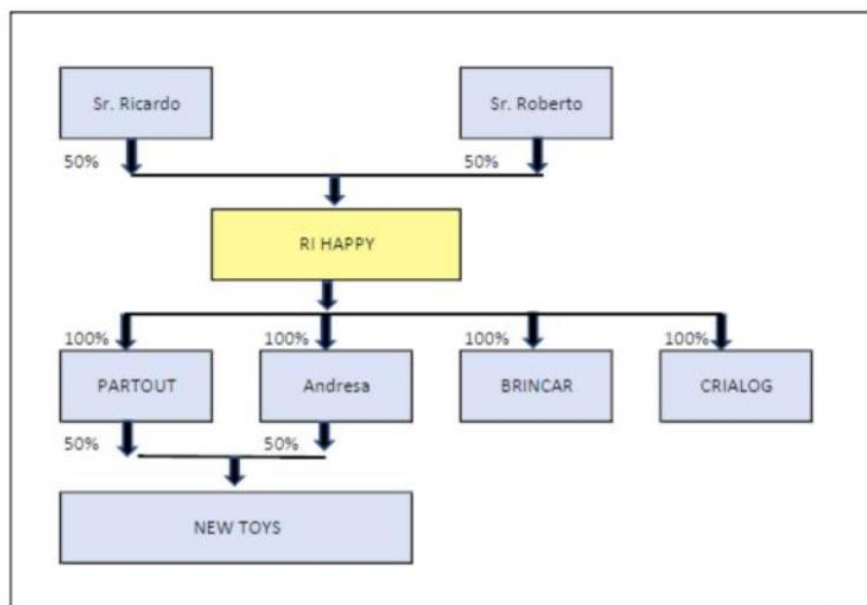
☐ Observou-se que o contribuinte passou por diversas alterações societárias no período compreendido entre os anos 2012 e 2015 e que os mencionados ágios surgiram no contexto de tais reorganizações societárias;

3.2.1. Breve Histórico Resumo das Alterações Societárias da Ri Happy:

☐ A Ri Happy Brinquedos Ltda foi fundada em 1988 pelos Srs. Ricardo Sayon e Roberto Salim Saba. A empresa cresceu e, em janeiro de 2012 era controladora das seguintes empresas: Partout, Andresa, Brincar, Crialog e New Toys;

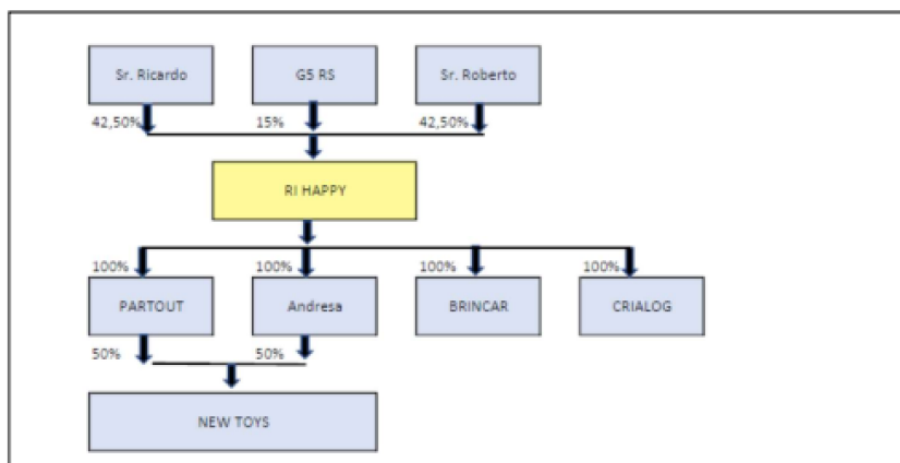
Em 30/01/2012, ocorreu a transformação de tipo societário da Ri Happy Brinquedos Ltda para Ri Happy Brinquedos S.A. O capital social de R\$ 5.790.000,00 totalmente subscrito e integralizado permaneceu inalterado e passou a ser representado por 5.790.000 ações ordinárias sendo 2.895.000 ações para cada sócio;

Até 15/02/2012



Em 15/02/2012, os sócios deliberaram pelo aumento do capital social de R\$ 5.790.000,00 para R\$ 6.885.000,00, ou seja, um aumento de R\$ 1.095.000,00 mediante a emissão de 1.095.000 novas ações ordinárias sendo: (i) 31.125 Ações, subscritas por Ricardo e integralizadas através da capitalização de lucros acumulados no exercício social encerrado em 31/12/2011, (ii) 31.125 Ações, subscritas por Roberto e integralizadas através da capitalização de lucros acumulados no exercício social encerrado em 31/12/2011, e (iii) 1.032.750 Ações, subscritas a serem integralizadas, em moeda corrente nacional, em até 5 dias, por G5 RS Fundo de Investimentos em Participações (doravante FIP G5 RS). Desta forma os antigos sócios ficaram com 85% do capital da Sociedade, cada um detentor de 42,5% do capital social da Ri Happy, e o FIP G5 RS com 15%;

De 16/02/2012 a 27/02/2012

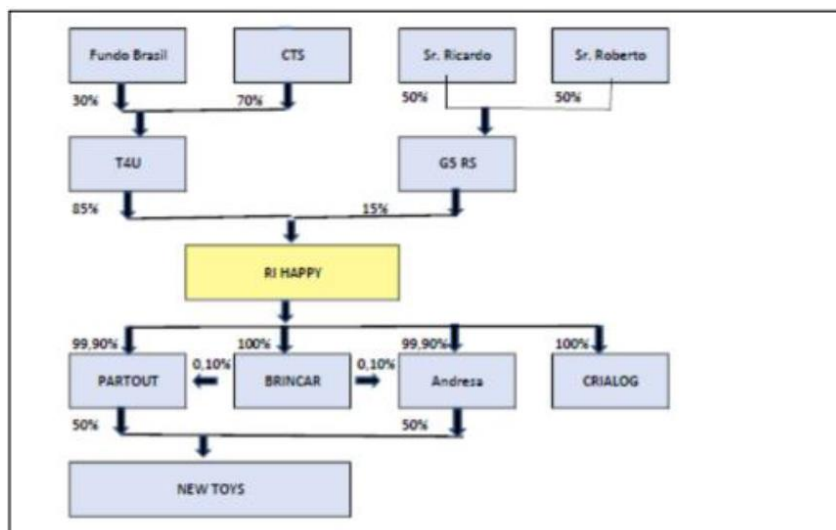


Em 27/02/2012, os sócios deliberaram pelo aumento do capital social, no montante de R\$ 68.820.800,00 através de aproveitamento dos lucros acumulados no exercício social encerrado em 31/12/2011 e em exercícios sociais anteriores. O capital social passou a ser de R\$ 74.905.800,00;

3.2.2. Surgimento do “ágio T4U”:

Em 28/02/2012, o FIP Fundo Brasil e o FIP CTS, por meio da empresa veículo T4U, adquiriram as participações societárias dos sócios Ricardo e Roberto, que representavam 85% do total das ações da Ri Happy. Nessa operação de aquisição foi gerado um suposto ágio de R\$ 437 milhões;

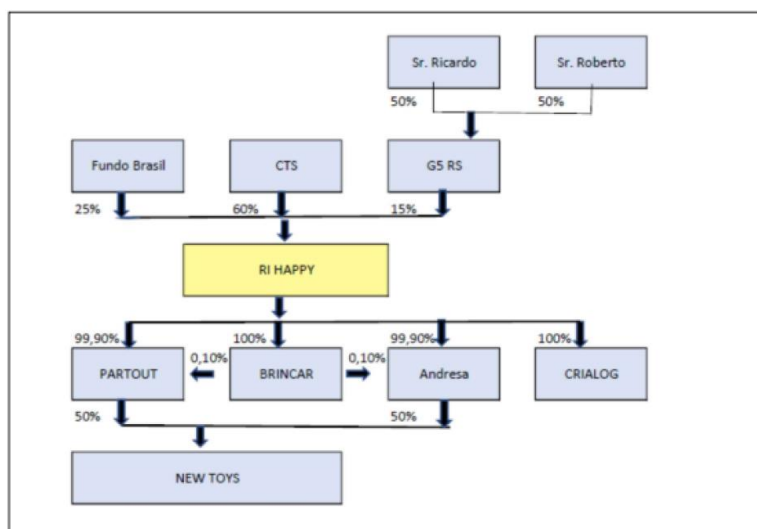
De 28/02/2012 a 27/06/2012



Em 28/02/2012, os sócios T4U e FIP G5 RS aprovaram novo aumento do Capital Social, no montante de R\$ 35.295.000,00. Foram emitidas 35.295.000 novas ações ordinárias, sendo que 30.750.000 ações foram subscritas por T4U e 5.294.500 ações foram subscritas pelo FIP G5 RS. O capital social passou a ser de R\$ 110.200.800,00;

Em 27/06/2012, a empresa T4U foi incorporada pela controlada Ri Happy (incorporação reversa). O grupo Ri Happy passou, então, a ser controlado pelos fundos de investimento FIP Fundo Brasil, FIP CTS e FIP G5 RS e o ágio resultante da incorporação começou a ser amortizado pela fiscalizada a partir de julho de 2012;

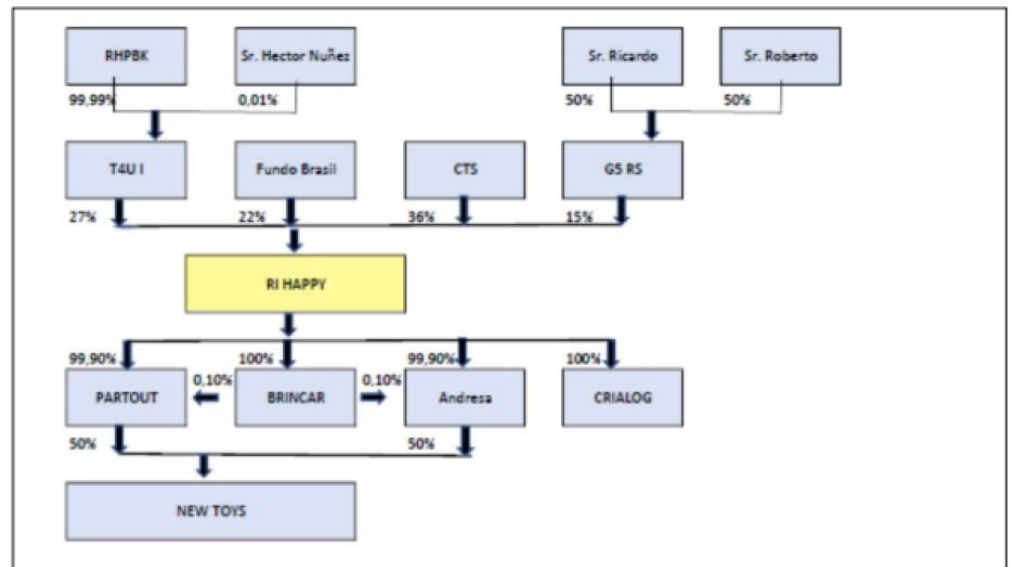
De 28/06/2012 a 26/08/2012



3.2.3. Surgimento do “ágio T4U I”

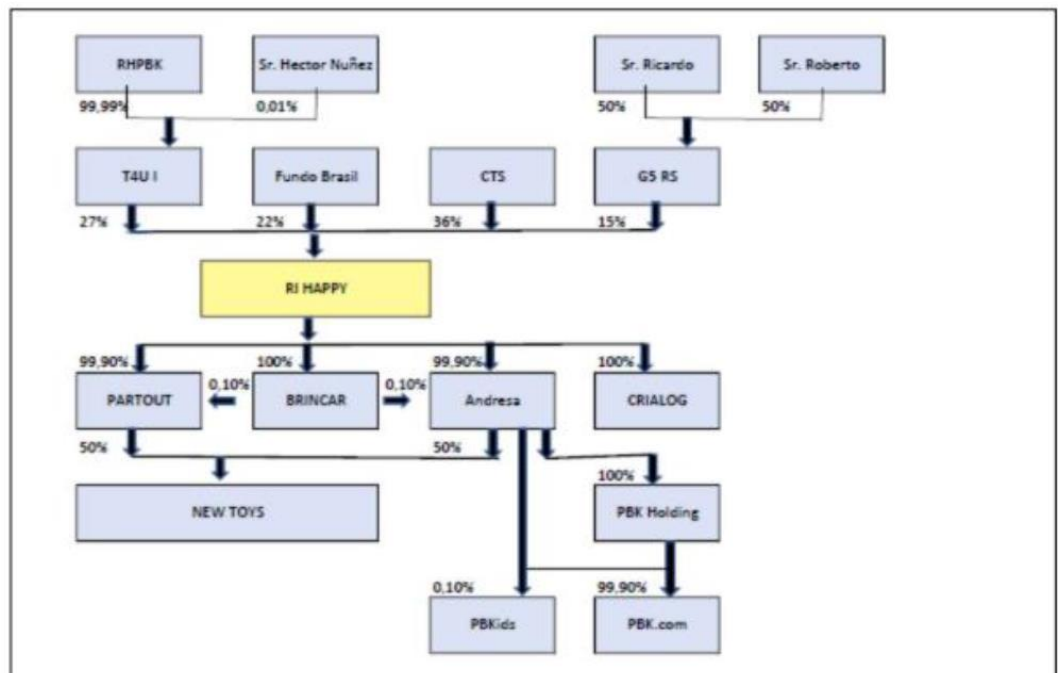
Em 27/08/2012, houve novo aumento no capital social, no montante de R\$ 202 milhões, mediante a emissão de 74.457.084 novas ações. A empresa veículo T4U I Participações S.A. (T4U I) ingressou no quadro de acionistas da Ri Happy mediante a subscrição de 50.018.942 novas ações, no valor de R\$ 135.700.000,00. Os FIP Fundo Brasil e G5 RS subscreveram 13.269.579 e 11.168.563 ações respectivamente. O FIP CTS cedeu seu direito de transferência. Nessa data a T4U I possuía dois sócios: a pessoa física, Sr. Hector Nunez, com 0,01% e o FIP RHPBK, fundo também gerido pelo grupo Carlyle, que detinha o controle da empresa (99,99%). Nessa operação foi gerado um ágio no valor de R\$ 95.423.252,92;

De 27/08/2012 a 30/08/2012



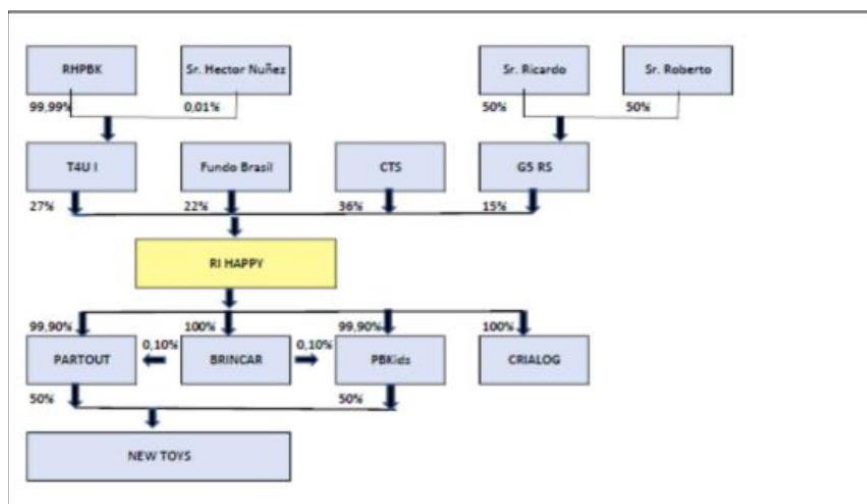
Em 31/08/2012, a Andressa Participações Societárias, uma das controladoras da Ri Happy, adquiriu a totalidade das quotas da PBKIDS Holding Ltda., controladora da PBKIDS Brinquedos Ltda;

De 31/08/2012 a 26/12/2013



Em 27/12/2012, a PBKIDS Brinquedos Ltda. incorporou a PBKIDS Holding e a Andressa Participações (incorporação reversa);

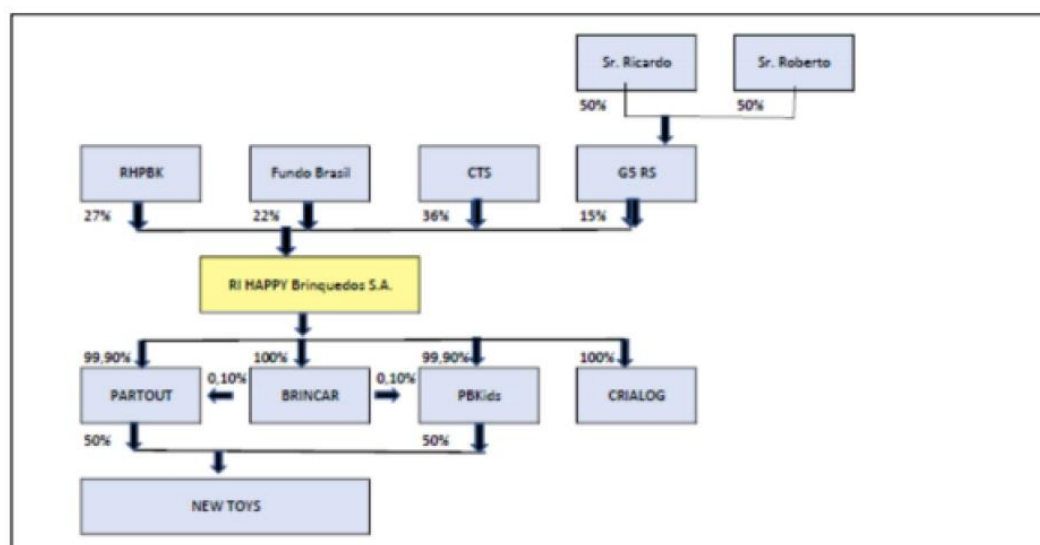
De 27/12/2012 a 27/11/2013



☐ Immediatamente antes da empresa T4U I ser incorporada pela Ri Happy, o Sr. Hector Nuñez transferiu sua única ação da T4U I ao FIP RHPBK;

☐ Em 28/11/2013 a T4U I foi incorporada pela Ri Happy (incorporação reversa). Ficaram como sócios da Ri Happy os FIP RHPBK, Fundo Brasil, TCS e G5 RS. O ágio da T4U I passou a ser amortizado a partir de dez/2013;

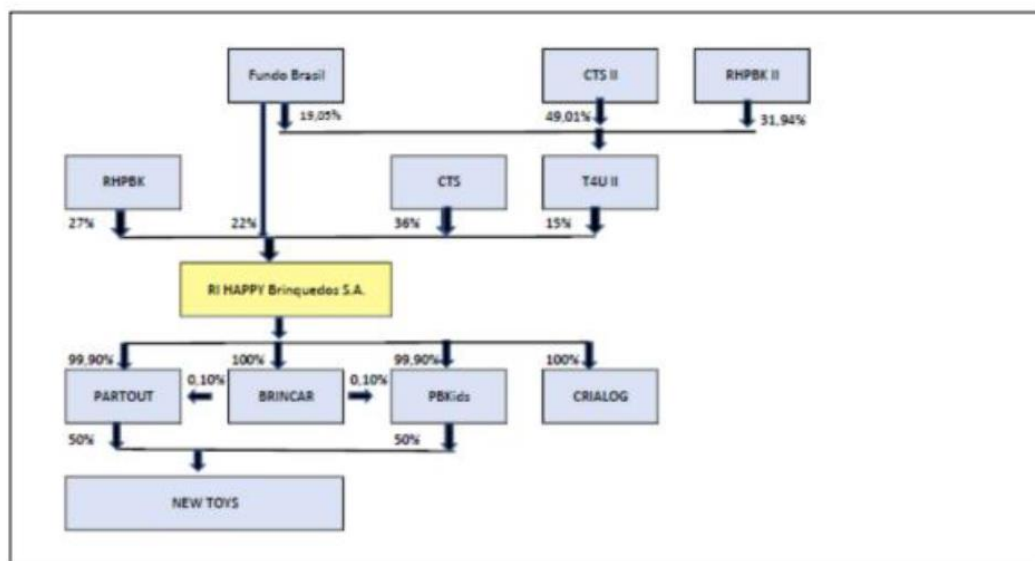
De 28/11/2013 a 30/01/2014



3.2.4. Surgimento do “ágio T4U II”

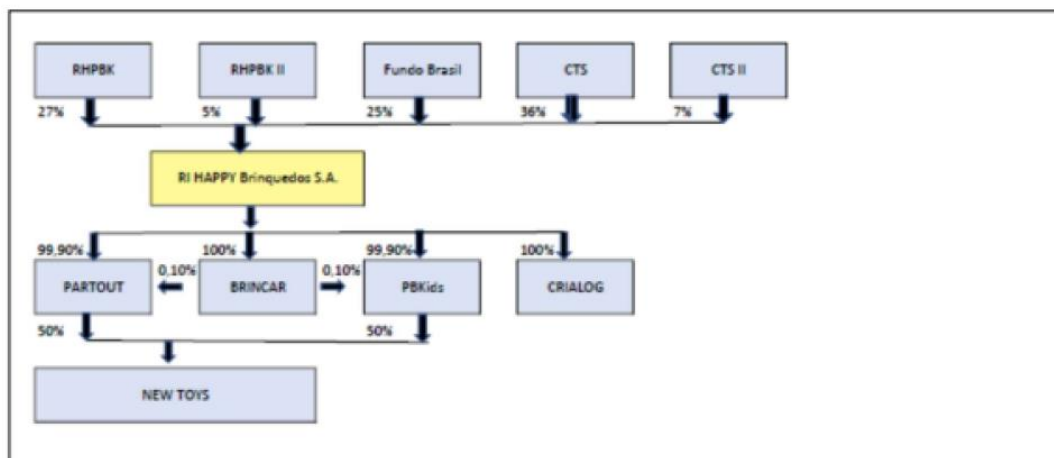
☐ Em 31/01/2014, a empresa veículo T4U II, cujos sócios eram os FIP CTS II, RHPBK II e Fundo Brasil, adquiriu os 15% das ações restantes da Ri Happy que, detidas indiretamente pelos sócios fundadores, estavam em nome do fundo G5 RS. Assim, o grupo Carlyle passou a deter 100% de participação acionária na companhia;

De 31/01/2014 a 27/02/2015



Em 28/02/2015 a T4U II foi incorporada pela Ri Happy (incorporação reversa). Em março de 2015, começou a ser amortizado o “ágio T4U II”. Em decorrência da incorporação, os sócios da Ri Happy passaram a ser os FIP CTS, com 35,8%, FIP RHPBK, com 27,1%, FIP Fundo Brasil, com 25,0%, FIP CTS II, com 7,4% e FIP RHPBK II, com 4,8% das ações;

De 28/02/2015 em diante



3.3. Da análise da Dedutibilidade da Despesa de Amortização de Ágio:

Para que um contribuinte possa efetuar a amortização tributária do ágio surgido na aquisição de participação societária, alguns requisitos precisam ser cumpridos:

o Por ocasião da aquisição da participação, o custo de aquisição deve ser desdobrado em:

Valor do patrimônio líquido na época da aquisição;

Ágio ou deságio, que é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido;

o O lançamento do ágio ou deságio deve indicar o seu fundamento econômico e deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração;

o O fundamento econômico do ágio deve ser valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

o Ainda que cumpra os requisitos citados, a amortização do ágio só irá adquirir a qualidade de despesa dedutível quando a pessoa jurídica absorver o patrimônio, devido a incorporação, fusão ou cisão da pessoa jurídica que detenha a participação societária adquirida com ágio, ou seja, quando houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida;

☒ Passa-se a analisar cada um desses requisitos legais no tocante a cada um dos ágios que vem sendo amortizados pela fiscalizada;

3.3.1. Ágio T4U

☒ O ágio T4U surgiu na operação de compra e venda de 85% das ações da Ri Happy. Os vendedores das ações foram os sócios fundadores da companhia, os Srs. Ricardo Sayon e Roberto Salim Saba. Formalmente, quem adquiriu as ações foi a empresa T4U. É sabido e notório, no entanto, que na essência, quem adquiriu as ações foi o grupo Carlyle, conforme amplamente divulgado não só pela imprensa e mídia em geral, mas também como declarado pela própria empresa Ri Happy, em seu site, no Prospecto Preliminar da Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Ordinárias de emissão da Ri Happy (doc. 126), e perante ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doc. 072) – e pelo próprio grupo Carlyle no exterior. A T4U é apenas uma empresa veículo;

☒ Alguns meses depois foi também divulgada a compra da PBKIDS pelo mesmo grupo Carlyle;

☒ A seguir detalharemos como se deu esse processo de aquisição. Veremos que foi uma sequência de operações estruturadas com o fim de, artificialmente, driblar as restrições impostas pela legislação e tentar se encaixar nas regras que permitem a amortização tributária do ágio:

o Em 30/06/2011, por meio de uma Carta de intenções, o grupo Carlyle, real adquirente, demonstrou sua intenção de investir na Ri Happy e foi estabelecida a outorga, pelos Vendedores, Srs. Ricardo Sayon e Roberto Salim Saba, da exclusividade da negociação das Participações Societárias com o Comprador. (Obs. Essa fiscalização intimou o contribuinte a apresentar a referida carta – doc. 031 – Intimação nº 08. O contribuinte solicitou prorrogação de prazo. Foram concedidas mais duas prorrogações de prazo. Esgotado o prazo o contribuinte não apresentou o documento nem tampouco qualquer informação a respeito.);

o Em 18/08/2011, foi criada a empresa Berkshire Participações Ltda., que tinha como sócios Alexandra Furlaneti de Medeiros e Olavo Lira Barbosa, e R\$ 100,00 de capital social (doc. 076);

o Em 07/11/2011 o FIP Fundo Brasil, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado e gerido pelo grupo Carlyle (doc. 076), adquiri a Berkshire. Em seguida, a sociedade foi transformada em Sociedade Anônima (S.A.), a sua denominação social foi alterada para “T4U Participações S.A.” (doravante T4U), o seu endereço foi alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, e foram eleitos os senhores Juan Carlos Felix Estupinan, para o cargo de diretor-presidente, e Hector Nuñez para o cargo de diretor sem designação específica;

o Em 09/11/2011 os sócios da Ri Happy, Ricardo e Roberto, assinaram um Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias com o objetivo de vender uma parte, 85%, de suas participações societárias na Ri Happy. Nessa data cada um dos sócios detinha 50% do capital social total e votante da Sociedade. Figura formalmente no contrato de compra, como compradora, a T4U. A T4U tinha um capital social de apenas R\$ 100,00 (doc. 080); o Em 23/12/2011 foi aprovado um aumento do capital social da T4U, de R\$ 100,00, para R\$ 30.969.121,00. O Aumento do capital social foi subscrito e integralizado pelo FIP CTS, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado, que iniciou suas operações no dia anterior, 22/12/2011 (doc. 107), e pelo FIP Fundo Brasil;

o No mesmo dia, 23/12/2011, a T4U fez o pagamento a título de parcela de sinal, referente à aquisição da participação acionária na Ri Happy, no valor de R\$ 29.539.067,35 (doc. 081);

o No dia 27/02/2012 os sócios da T4U, FIP CTS e FIP Fundo Brasil aumentam novamente o capital da T4U, em R\$ 150.654.899,00, passando este a ser de R\$ 181.624.120,00. No dia 28/02/2012 a T4U recebe o aporte de capital;

o Em 28/02/2012 ocorreu o fechamento da operação de aquisição de 85% das ações da Ri Happy, mediante o pagamento, realizado pela T4U, no valor de R\$ 120.288.122,08. O dinheiro entrou e saiu da conta da T4U no mesmo dia (doc. 081);

o Ainda em 28/02/2012, os sócios T4U e FIP G5 RS aprovaram aumento do Capital Social na Ri Happy, no montante de R\$ 35.295.000,00. Foram emitidas 35.295.000 novas ações ordinárias, sendo que 30.750.000 ações foram subscritas por T4U e 5.294.500 foram subscritas pelo FIP G5 RS. O capital social da Ri Happy passou a ser de R\$ 110.200.800,00;

o Em 27/06/2012 a empresa T4U foi incorporada pela controlada Ri Happy (incorporação reversa). O grupo Ri Happy passou, então, a ser controlado pelos fundos de investimento FIP Fundo Brasil, FIP CTS e FIP G5 RS e, em julho de 2012, o ágio resultante da incorporação começou a ser amortizado pela fiscalizada;

Valor do ágio:

☐ Conforme estabelecido no inciso II do art. 385 do RIR, o valor do ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. O valor do ágio T4U segundo declarado e

demonstrado pela fiscalizada (doc. 082) é de R\$ 437.295.857,15, conforme doc. 082;

Total investido	516.471.695,53
Patrimônio Líquido da RI HAPPY na Data de Aquisição	93.148.045,18
Participação adquirida pela T4U Participações	0,85
85% Valor Patrimonial do Investimento adquirido pela T4U Participações	79.175.838,40
Ágio da Aquisição	437.295.857,13

Verifica-se que o custo de aquisição do investimento considerado pelo contribuinte no cálculo do valor do ágio foi de R\$ 516.471.695,53;

Do contrato de aquisição de 85% das ações da Ri Happy (doc. 080), constata-se que o preço a ser pago pelo comprador seria o seguinte:

$$\text{Preço} = \text{Valor base} + \text{ou} - \text{Ajuste de Capital de Giro Líquido}$$

O Valor Base, por sua vez, seria assim demonstrado:

Valor Base:	360.000.000,00	sendo:
Sinal:	28.000.000,00	corrigido pela variação do CDI desde 01/07/11 a ser pago até 23/12/11
1ª parcela:	112.000.000,00	corrigido pela variação do CDI desde 01/07/11 a ser pago em 28/02/12
Restante:	220.000.000,00	em 10 parcelas sem. de 22 mi corrigidas pela variação do CDI desde 01/07/11 até a data de seu efetivo pagamento, sendo a 1ª em 30.6.2012

Os valores pagos a título de Sinal e 1ª parcela, corrigidos pela variação do CDI desde 01/07/2011 até as respectivas datas de pagamento foram:

Data do pagamento	Parcela	Valor corrigido
23/12/2011	Sinal	29.539.078,35
28/02/2012	1a parcela	120.288.122,08

Na data de aquisição, de fechamento, de 28/02/12, o valor de R\$ 220.000.000,00, que iria ser pago em 10 parcelas semestrais, vencendo-se a primeira em 30/06/2012, corrigido pela variação do CDI desde 01/07/11, seria de R\$ 236.280.239,00 (doc. 125);

Desta forma, o Valor Base, corrigido pela variação do CDI até a data de aquisição da participação societária, 28/02/12, seria R\$ 386.107.439,43, conforme demonstrado:

Parcela	Valor corrigido
Sinal	29.539.078,35
1a parcela	120.288.122,08
Semestrais	236.280.239,00
Total	386.107.439,43

O preço a ser pago pelo comprador pela aquisição de 85% das ações da Ri Happy, todavia, previa um ajuste de capital de giro. No cálculo do investimento na aquisição, elaborado pelo contribuinte, foi computado o valor de R\$ 58.386.109,94

a título de Capital de Giro, que, conforme Termo de Acordo (doc. 033 e 034), teve sua fórmula de cálculo alterada:

$$\text{Ajuste de Capital de Giro} = [0,85 * (\text{Capital de Giro Líquido} - \text{Lucro Ajustado até o Fechamento} - \text{Mútuo dos Vendedores})]$$

Destá forma, o preço a ser pago pela T4U, ou seja, o custo de aquisição do investimento, 85% das ações da Ri Happy, teria sido de R\$ 444.493.549,37;

$$\text{Preço} = 386.107.439,43 + 58.386.109,94 = 444.493.549,37$$

Todavia, resta ainda confirmar o pagamento do valor referente ao ajuste de capital de giro já que, embora intimada (doc. 031), a fiscalizada não apresentou o comprovante das transferências bancárias referentes a tal pagamento, as Demonstrações Financeiras de Fechamento que deveriam indicar (i) o Capital de Giro Líquido e (ii) o Lucro Ajustado até o Fechamento e um demonstrativo da apuração do ajuste de capital de giro, mediante a aplicação da fórmula prevista em contrato;

Além do Ajuste de capital de giro, o contrato previa também, na cláusula 2.6, um Ajuste de Dívida;

Como se pode verificar a operação já estava toda estruturada, já se previa no contrato (cláusula 8.4) que ocorreria a incorporação, a sucessora receberia todos os bens, direitos e obrigações e os vendedores se obrigavam a votar favoravelmente em qualquer deliberação societária sobre a incorporação. Assim sendo, seria natural mesmo que o contrato previsse também um cláusula de ajuste de dívida a ser aplicado sobre o saldo devedor no momento da incorporação da T4U pela Ri Happy, já que a partir do momento que a dívida fosse transferida para a Ri Happy, de cada R\$ 100,00. hipoteticamente, apenas para exemplificar, pagos pela Ri Happy aos vendedores, os compradores, fundos de investimento do grupo Carlyle, estariam arcando efetivamente com apenas R\$ 85,00 (já que detinham 85% de participação na sociedade), os R\$ 15,00 restantes estariam sendo arcados indiretamente pelos próprios vendedores, que eram os sócios fundadores, na condição de cotistas do FIP G5 RS que remanesceu com 15% de participação societária. Assim, o “valor líquido” que eles estariam recebendo seria de apenas R\$ 85,00;

Aplicando-se a fórmula do Ajuste de Dívida prevista no contrato, Ajuste de Dívida – $(x / 0,85) - x$, essa distorção estaria sendo eliminada. Supondo-se um saldo a pagar, no momento da incorporação, no valor de R\$ 100,00, o ajuste de dívida seria de R\$ 17,65, conforme demonstrado a seguir:

$$\text{Ajuste de Dívida} = (100 / 0,85) - 100 = 117,65 - 100,00 = 17,65$$

Conclui-se, portanto, que embora o valor nominal a pagar pela sociedade tenha sido aumentado em 17,65% após a incorporação, o custo de aquisição

efetivamente suportado pelos adquirentes continua sendo o mesmo, ou seja, a fórmula do Ajuste de Dívida prevista no contrato, necessária para preservar o valor líquido recebido pelos vendedores, em nada afeta o custo efetivo de aquisição do investimento;

☐ Verificou-se, no entanto, que o valor de aquisição total considerado no cálculo do ágio pelo contribuinte inclui o ajuste de dívida, ou seja, o valor de aquisição total considerado no cálculo do ágio foi artificialmente inflado ao incluir o Ajuste de Dívida;

☐ Se a incorporação não tivesse ocorrido, se fosse a T4U que continuasse efetuando os pagamentos aos vendedores, os valores pagos em cada parcela seriam os originalmente previstos em contrato, R\$ 22 milhões, atualizados apenas pela variação do CDI. O único motivo do Ajuste de Dívida ser incluído no cálculo é que, com a incorporação, 15% do valor pago pela Ri Happy aos vendedores, é suportado por esse últimos, na medida em que esses detinham 15% de participação societária;

☐ Além de ter incluído como sendo custo de aquisição da participação societária o Ajuste de Dívida, no valor total de R\$ 41.738.645,27, a fiscalizada adicionou também o montante de R\$ 30.000.750,00 referente a um aumento, subscrição e integralização, no Capital Social da Ri Happy, realizado pela T4U após esta já ter adquirido o controle, 85% da participação societária da Ri Happy;

☐ Todavia, o fato de já estar previsto na cláusula 3.2.2 do contrato que logo após o fechamento as partes teriam que fazer um aumento de capital, não tem o condão de mudar a realidade dos fatos, que o aumento do capital social, no próprio negócio, feito quando a T4U já detinha 85% de participação acionária na Ri Happy, é um investimento em negócio próprio, vertido em benefício próprio, esse dinheiro não foi “para o bolso dos vendedores”. Estes foram de certa forma beneficiados com o aumento do capital social, na medida em que ainda detinham 15% de participação acionária, mas também contribuíram com um aumento de capital na proporção de sua participação acionária, fizeram um aporte de capital no monte de R\$ 5.294.250,00. Assim, não se trata de pagamento aos vendedores;

☐ Desta forma, o valor de R\$ 30.000.750,00 não poderia ser considerado como sendo custo de aquisição do investimento, e sim como um investimento no próprio negócio. Tal valor deveria ser excluído do custo de aquisição e também do valor do Patrimônio Líquido;

☐ Finalmente, verificou-se que o valor do Ajuste do CDI sobre o valor total das dez parcelas semestrais calculado pelo contribuinte também não está correto. Atualizando-se o valor de R\$ 220 milhões pelo CDI utilizando a calculadora da B3, disponível no próprio site da B3, encontra-se o valor de R\$ 236.280.239,00 (doc. 125), ou seja, o valor total do ajuste seria de R\$ 16.280.239,00, sendo, portanto, R\$ 1.628.023,90 o valor do ajuste de cada parcela. No entanto, na planilha demonstrativa do valor de aquisição enviada pela fiscalizada (doc. 086) consta o montante de R\$ 1.651.898,99, como sendo o valor do ajuste de cada parcela. À

vista disso, a fiscalizada foi intimada a esclarecer a diferença (doc. 045). Em resposta (doc. 046), a fiscalizada justificou que a diferença se deve ao fato de terem utilizado no cálculo do ajuste a data de 01/03/2012, dois dias depois da data de aquisição, que foi 28/02/2012, e terem realizado a atualização pela SELIC e não pelo CDI, conforme previsto em contrato. Assim, embora o contribuinte tenha apresentado, como sendo o custo de aquisição do investimento, o montante de R\$ 516.471.695,53, vimos que o valor do custo de aquisição foi indevidamente inflado pelo ajuste de dívida. Além disso, não foram apresentados os comprovantes das transferências bancárias referentes ao ajuste de capital de giro, assim como também não foram apresentadas, embora tenham sido concedidas duas prorrogações de prazo, as Demonstrações Financeiras de Fechamento, que deveriam indicar (i) o Capital de Giro Líquido e (ii) o Lucro Ajustado até o Fechamento e o demonstrativo do cálculo, mediante a aplicação da fórmula prevista em contrato, do ajuste do capital de giro;

☐ Isto posto, o valor efetivamente comprovado, a título de custo de aquisição, foi o valor de R\$ 386.107.439,43, conforme demonstrado abaixo:

Parcela	Valor corrigido
Sinal	29.539.078,35
1a parcela	120.288.122,08
Semestrais	236.280.239,00
Total	386.107.439,43

☐ Consequentemente, o valor do ágio efetivamente comprovado, considerando o custo de aquisição efetivamente comprovado e a exclusão do valor do aumento de capital, realizado após a aquisição da participação societária, tanto do custo de aquisição como do valor do patrimônio líquido, foi de R\$ 333.069.101,03, conforme demonstrado a seguir:

Custo de aquisição efetivamente comprovado	386.107.439,43
Valor do PL desconsiderando o aumento de capital efetuado após a aquisição	62.398.045,18
85% do valor do Patrimônio Líquido (% de participação societária adquirida)	53.038.338,40
Valor comprovado de ágio (custo de aquisição comprovado – 85% do PL)	333.069.101,03

Fundamento Econômico do ágio

☐ Para que o contribuinte possa efetuar a amortização tributária do ágio surgido na aquisição de participação societária, o lançamento do ágio, no momento da aquisição da participação societária, deve indicar o seu fundamento econômico e esse deve ser valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração;

☐ A alocação, ou seja, a definição da parcela do ágio que deverá ser identificada como resultante de cada um dos fundamentos econômicos, no entanto, não é de livre escolha do contribuinte;

☐ O inciso I do § 2º do artigo 385 do RIR esclarece que um dos possíveis fundamentos econômicos do ágio pode ser o fato do valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada ser superior ao custo histórico registrado na sua contabilidade. Como a alocação não é de livre opção do contribuinte, se de fato existir essa diferença, o contribuinte deverá informar como fundamento econômico do ágio o fato do valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada ser superior ao custo registrado na sua contabilidade;

☐ O inciso III do § 2º do artigo 385 do RIR estipula que o fundamento pode ser também a existência de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Assim, é necessário checar também a existência de ativos intangíveis;

☐ Somente depois de identificada e alocada as parcelas referentes à diferença entre o valor de mercado e o valor histórico de registro e à existência de fundo de comércio e intangíveis, é que se pode constatar se há um valor remanescente, esse sim poderia ser classificado como ágio por expectativa de rentabilidade futura ou goodwill;

☐ Segundo a melhor doutrina, o goodwill é um valor residual que só pode ser obtido se, antes, os ativos e passivos da entidade estiverem avaliados por seus valores de mercado. Não se pode chamar de rentabilidade futura ativos que já estão, no ato de aquisição, à disposição da adquirente. O ágio por rentabilidade futura só pode ser calculado se parte do pagamento global feito para a aquisição do investimento for alocado, antes, aos ativos mensurados pelo seu valor de mercado. Não há que se cogitar em uma ordem de alocação livremente escolhida pelo adquirente, nem contábil nem tributariamente;

☐ A constatação de que o ágio por rentabilidade é residual é calcada na realidade dos fatos, assim como o é a doutrina contábil. Tal realidade não pode ser desvirtuada por uma interpretação isolada e literal do Decreto-lei nº 1.598/77;

☐ O Decreto-lei nº 1.598/77 foi editado para regulamentar os efeitos tributários da então nova e moderna lei societária que entrava em vigor no Brasil, a Lei nº 6.404/76;

☐ Os artigos 247 e 248 do RIR, oriundos da mesma matriz legal – o Decreto-lei nº 1.598/77, demonstram claramente a interligação entre o lucro tributável e o lucro proveniente da lei comercial;

☐ O ágio contábil e fiscal e as três hipóteses de fundamentação econômica do ágio tributário previstas no § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 vieram da própria Lei nº 6.404/76, cujo art. 248 foi disciplinado pela Instrução CVM 1/78. O ágio contábil pode ser extraído do art. 248, inciso III, da Lei nº 6.404/76;

☐ O art. 248 da Lei das S.A. introduzia o método da equivalência patrimonial. E, para regulamentar a alínea “c” do inciso III do art. 248, a CVM editou a Instrução CVM nº 1, de 27 de abril de 1978 (ICVM 1/78);

☒ Verifica-se assim que o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 tem exatamente as mesmas disposições contidas na Instrução CVM nº 1/78, tanto na conceituação de ágio, que em ambos está definido como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o PL contábil da investida, como também na forma de fundamentação econômica do ágio;

☒ Nem na Instrução CVM nº 1/78 nem em qualquer outra superveniente, até a edição do CPC 15, válido a partir de 2010, falou-se em ordem de alocação do ágio, mesmo assim, nunca foi alegado que a Instrução CVM nº 1/78 permitia a interpretação de que o fundamento econômico do ágio pudesse ser livremente escolhido pelo investidor, já que a doutrina contábil sempre afirmou que o ágio por rentabilidade futura é residual;

☒ O CPC 15 só veio explicitar, no Brasil, o que sempre foi pacífico na doutrina contábil nacional e internacional;

☒ Ademais a doutrina contábil sempre foi pacífica em relação à primazia da essência sobre a forma. A Resolução CFC nº 750/93 já trazia, no seu artigo 1º, a citada bandeira contábil;

☒ Desta forma, não é suficiente que o contribuinte archive uma demonstração que se funde em fatores subjetivos para embasar a sua escrituração. O art. 20 do DL nº 1.598 é claro no sentido de que, para fazer prova a favor do contribuinte, o lançamento contábil/fiscal do ágio precisa estar ancorado em documentos que, por servirem como comprovante da escrituração contábil, necessitam refletir a essência econômica da transação, e não apenas a sua forma jurídica;

☒ No caso ora em análise, o documento apresentado pelo contribuinte, visando dar respaldo ao fundamento econômico do ágio, foi o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira (doc. 083) elaborado pela empresa de consultoria Deloitte em 20/06/2012, e que teve como data base o dia 29/02/2012. Verifica-se, portanto, que o relatório é extemporâneo;

☒ Além disso, o mencionado relatório não mostra o valor de mercado dos bens da empresa, e tampouco demonstra os ativos intangíveis existentes na data de aquisição, ele simplesmente faz uma projeção de resultados, baseada em uma série de premissas, utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado;

☒ O consultor responsável pelo relatório, demonstrando prudência e ciente que tal relatório não pode ser utilizado para efetivar a alocação contábil ou tributária do ágio, faz uma série de alertas, entre as quais que os dados e informações prestados pela empresa não foram verificados e/ou auditados;

☒ Constata-se, por conseguinte, que tal relatório, para fins de determinação de fundamento econômico do ágio, não tem serventia alguma;

☒ Foi solicitada à contribuinte laudo ou outro documento contemporâneo à data de aquisição das ações da Ri Happy que desse respaldo ao pagamento do ágio baseado na rentabilidade futura, em relação a cada um dos ágios amortizados,

ágio T4U, ágio T4U I e ágio T4U II, e que atendessem à legislação societária e ao CPC 15; em resposta (doc. 013 e 014), o contribuinte apresentou os mesmos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira elaborados pela Deloitte;

☒ Reintimada, a fiscalizada argumentou (doc. 029) que:

“(…)

O primeiro ponto é que, nos termos do parágrafo 45 do CPC 15 (R1) – Combinação de Negócios, a entidade tem o prazo de um ano, a contar da data da aquisição para efetuar a alocação dos ativos e passivos identificáveis. (…)

No caso em análise, apenas a aquisição realizada pela T4U I foi registrada por prazo superior a um ano, (…).

Portanto, não existia obrigatoriedade de elaboração do laudo PPA, nos termos do CPC 15, em relação às aquisições realizadas pela T4U e T4U II.

Para a aquisição realizada pela T4U I, a fiscalizada apresenta o Laudo PPA (doc. nº 1).

O segundo ponto é que para fins fiscais, na época dos fatos, a legislação tributária em vigor determinava que o valor do ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura deveria estar baseado em “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Nesse contexto, a Fiscalizada apresentou os Relatórios de Avaliação Econômica elaborados pela Deloitte em relação às aquisições da T4U, T4U I e T4U II, que se prestam à exigência tributária e são novamente apresentados (doc. nº 2, doc. nº 3 e doc. nº 4).”

☒ Em relação ao primeiro ponto, é fato que o CPC 15 permite que, dentro do prazo máximo de um ano, o contribuinte vá ajustando, retrospectivamente, os valores provisórios inicialmente reportados em suas demonstrações contábeis, na medida em que obtém novas informações relativas a fatos e circunstâncias existentes na data de aquisição, as quais afetam a mensuração dos valores reconhecidos. Isso não significa que a empresa pode simplesmente ficar na inércia, aguardando o prazo máximo de um ano para tomar alguma providência para corrigir os valores provisórios inicialmente reportados;

☒ No presente caso, percebe-se, pela resposta e atitude do contribuinte, que não foi tomada nenhuma atitude para ajustar os valores provisórios inicialmente reconhecidos no momento da contabilização do ágio T4U;

☒ Cabe aqui fazer um comentário sobre as datas citadas em sua resposta. A aquisição da participação acionária pela T4U não foi realizada em 28/04/2012 como argumenta a fiscalizada. A data de aquisição, segundo o parágrafo 8 do CPC 15, é a data em que o controle da adquirida é obtido, ou seja, na data em que ocorre a transferência das ações, que, no caso ora em análise, é 28/02/2012. A data de sua incorporação também não ocorreu em 31/05/2012 e sim em

27/06/2012. A data de aquisição pela T4U II (3º ágio) também não foi a informada pela fiscalizada, 08/10/2014, e sim, 31/01/2014;

☒ Em relação ao segundo ponto alegado pela fiscalizada, o argumento de que a legislação tributária em vigor à época dos fatos não exigia certas formalidades previstas na Lei nº 12.973/2014, tais como o laudo ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou o seu sumário ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, em prazo pré-determinado, não significa que o documento necessário para comprovar o fundamento econômico do ágio, expectativa de rentabilidade futura, “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, possa ser insatisfatório à exigência de demonstrar, comprovar, que o ágio pago em determinada aquisição não se deva a valor de mercado dos bens ou à existência de ativos intangíveis, mas sim, exclusivamente à rentabilidade futura;

☒ Analisando o Relatório de Avaliação de Ativos Fixos e Certos Ativos Intangíveis, o qual o contribuinte denominou como Laudo PPA (doc. 030), registra-se que entre os ativos intangíveis, por questões de materialidade, o único avaliado foi a marca Ri Happy;

☒ O relatório concluiu que o valor justo da marca Ri Happy em 31/08/2012, data base da avaliação, era R\$ 131,58 milhões. Além disso o relatório concluiu também que os valores da mais valia a valor justo dos ativos fixos avaliados (alguns ficaram fora do escopo de avaliação: valores a classificar, imóveis, construções em andamento e instalações) somavam R\$ 43.509.979,78 na mesma data, já que os bens do ativo imobilizado estavam registrados na contabilidade pelo valor de aproximadamente R\$ 18,7 milhões e o valor de mercado desses bens foi avaliado em R\$ 62,2 milhões;

☒ Embora tal relatório tenha como data base 31/08/2012 é razoável supor que o valor da marca Ri Happy e o valor de mercado dos bens do ativo fixo não tenham sofrido grandes alterações em apenas 6 meses. Portanto, do valor total do ágio apurado o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, expresso no inciso II do § 2º do art. 385 do RIR/1999 é residual;

☒ Registre-se que na cláusula 2.2 do contrato de compra e venda da participação acionária da Ri Happy, assinado em 09/11/2011 (doc. 080), consta que existe uma avaliação da empresa adquirida, Ri Happy, com data base em 01/07/2011;

☒ Intimada e reintimada a apresentar o referido documento, nada foi juntado;

☒ Conclui-se que a fiscalizada não tem nenhum interesse em localizar e apresentar o referido laudo ou relatório: tal laudo de avaliação muito provavelmente seria útil para a correta alocação do fundamento econômico do ágio;

☒ Saliente-se que, além da própria marca RI HAPPY, a empresa já possuía, à época de sua aquisição pelo Carlyle, várias outras marcas registradas. Fora as marcas, a empresa possuía também outros ativos intangíveis tais como software, licenças,

etc. Finalmente, porém não menos importante, os ativos estavam registrados na contabilidade a custo histórico, não refletem o valor de mercado, como visto no Relatório de Avaliação de Ativos Fixos e Certos Ativos Intangíveis elaborado pela Deloitte, que apurou uma mais valia a valor justo, dos bens do ativo fixo avaliados (não foram todos), no montante de R\$ 43,509 milhões na data base 31/08/2012;

☒ Por todas as considerações apresentadas, conclui-se que não se pode considerar que o valor total do ágio, ou seja, da diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido da investida possua como fundamento econômico valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

☒ Do valor comprovado do ágio, R\$ 333.069.101,03, deveria ser deduzido, no mínimo, o valor da marca RI Happy, R\$ 131,58 milhões, e o valor da mais valia referente a atualização, a valor de mercado, dos bens do ativo, R\$ 43.509.979,78, (ressaltando-se que nem todos os bens do ativo foram avaliados) já que o valor a ser considerado como tendo fundamento na rentabilidade prevista de exercícios futuros, ou goodwill, é residual. Desta forma, o valor do ágio considerado como tendo fundamento no valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, seria no máximo de R\$ 157.979.121,25, conforme demonstrado a seguir:

Valor comprovado do ágio	333.069.101,03
(-) Valor da marca RI HAPPY	131.580.000,00
(-) Mais valia a valor justo dos ativos fixos avaliados	43.509.979,78
= Valor máximo do ágio com fundamento no valor de rentabilidade futura	157.979.121,25

☒☒ Considerando os valores já amortizados nos anos-calendário 2012 a 2014, não sobraria nenhum saldo a amortizar em 2015 e 2016, período ora analisado. O valor total já amortizado é superior ao valor máximo do ágio com fundamento no valor de rentabilidade futura:

Valor total amortizado no AC 2012	43.729.585,71
Valor total amortizado no AC 2013	65.594.378,52
Valor total amortizado no AC 2014	65.594.378,52
= Valor total já amortizado	174.918.342,75

Confusão patrimonial entre investidora e investida

☒ Considerando que todos os requisitos sejam cumpridos, a amortização do ágio só adquire a qualidade de despesa dedutível quando ocorre a confusão patrimonial entre a investidora, a real adquirente, e a investida;

☒ Via de regra, a legislação tributária somente admite a dedutibilidade fiscal do ágio quando o investimento que lhe deu causa, ou seja, o investimento adquirido com ágio, for alienado ou liquidado. O artigo 386 do RIR/99, com fundamento nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, no entanto, propicia uma alternativa para amortização do ágio nos casos em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de

outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio;

☐ A amortização do ágio funciona como um mecanismo para compensar – na Demonstração de Resultados da investidora - as receitas de equivalência patrimonial decorrentes do lucro realizado na investida, de forma a evitar que a investidora reconheça ganhos inexistentes;

☐ Tal “neutralização” perdura até a amortização integral do ágio. A partir daí os reflexos dos resultados positivos da investida (reconhecidos na detentora do investimento por equivalência patrimonial) efetivamente aumentarão o patrimônio da investidora, uma vez que esta não pagara anteriormente por tal “parcela excedente” da lucratividade da investida;

☐ Contudo, esse mecanismo seria inexecutável nas situações em que ocorresse a extinção do investimento por meio de incorporação, fusão ou cisão (tampouco o ágio seria então recuperável através da maneira normalmente admitida pela legislação tributária, ou seja, na alienação do investimento). Nessas hipóteses, ocorreria o encontro, em um mesmo patrimônio, do investidor com o seu investimento, se verificaria a chamada “confusão patrimonial”. Exatamente com o objetivo de regular os efeitos fiscais da amortização do ágio em situações como essa que o legislador editou os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

☐ A Lei nº 9.532/97, portanto, apenas estabeleceu regras para o aproveitamento fiscal do ágio pago naquelas situações em que ele não pode ser recuperado na determinação do ganho de capital apurado na alienação ou liquidação do investimento que lhe deu causa. Sua aplicação está prevista apenas nas situações em que o mecanismo de neutralização seja inaplicável;

☐ Para a garantia da dedutibilidade da amortização do ágio estabelecida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, é imprescindível que a pessoa jurídica que de fato suportou o pagamento do ágio na aquisição de uma participação societária incorpore tal sociedade adquirida ou seja por ela incorporada;

☐ A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa de amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi possibilitar que o seu real adquirente recuperasse o capital investido, sem tributá-lo no decorrer de sua integral recuperação, nas situações em que seria impossível a recuperação na alienação do investimento. A lei não transformou o potencial direito à dedução dessa despesa em um “título” transferível a quem o seu detentor desejasse. A transferência do ágio a pessoa diversa daquela que efetivamente suportou o seu pagamento obsta a dedutibilidade da despesa com a sua amortização, visto que remanesce no real adquirente a possibilidade de recuperá-lo na alienação do investimento;

☐ No caso em tela, o patrimônio dos reais adquirentes, que adquiriram as participações societárias da Ri Happy com ágio, não foi absorvido. Não houve a necessária confusão patrimonial entre os investidores, reais adquirentes, e a

investida. Como já demonstrado, a T4U foi tão somente uma empresa veículo interposta entre o real adquirente, grupo Carlyle, que realizou a aquisição por meio de camadas de fundos de investimentos, e a Ri Happy. Quando o grupo Carlyle entregou a Carta de intenções aos sócios fundadores da Ri Happy, em 30/06/2011, a T4U sequer existia;

☐ Pode se verificar, pela sua DIPJ (doc. 058), que a T4U só teve existência formal, contratual. Não foi apresentado nenhum contrato de aluguel, solicitado em intimação durante a ação fiscal anterior, nunca teve despesa de aluguel, nem despesas operacionais usuais que demonstrem existência e funcionamento da empresa, nem tampouco qualquer funcionário. Na DIRF da T4U (doc. 062) consta como único beneficiário o Escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados;

☐ Embora na DIPJ (doc. 058) os senhores Daniel Braga Sterenberg, Edson Gustavo Georgette Peli, Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez constem como sócios da T4U e a assembleia geral (doc. 076) tenha aprovado a eleição do Sr. Juan Carlos Felix Estupinan como Diretor-Presidente e do Sr. Hector Nuñez como Diretor da T4U, as DIRF mostram que quem pagava os rendimentos dos senhores Daniel (doc. 069) Edson (doc. 070) e Juan Carlos Felix Estupinan (doc. 067) era a Carlyle Brasil Consultoria em Investimentos Ltda. e quem pagava os rendimentos do Sr. Hector Nuñez era a Ri Happy (doc. 066);

☐ Verificou-se que, em 27/06/12, apenas 4 meses após a aquisição da participação societária da Ri Happy pela T4U, essa foi extinta por incorporação reversa pela Ri Happy (incorporação reversa), e os sócios da fiscalizada passaram a ser os FIP - fundos de investimento em participação;

☐ Aliás, em 31/05/12, antes mesmo de ser realizada a “Assembleia Geral que aprovou a incorporação da T4U pela Ri Happy”, havia sido apresentada à Receita Federal do Brasil, a DIPJ de incorporação da T4U pela Ri Happy, ou seja, os acionistas da Ri Happy sequer tinham discutido e deliberado pela aprovação da incorporação da Ri Happy, nem sequer existia o Laudo de Avaliação Contábil, que foi elaborado em 20/06/12, ou Protocolo e Justificação de Incorporação da T4U Participações S.A., que foi assinado em 27/06/2012, e os representantes legais da T4U já tinham informado que, em 31/03/12, a T4U já tinha sido incorporada pela Ri Happy. Fica aqui mais uma vez evidente a artificialidade das operações estruturadas. Concluída a operação de aquisição, em 28/02/12, a veículo já poderia ser extinta no mês seguinte, em 31/03/12;

☐ A total falta de substância econômica da T4U, a inexistência de propósito comercial em sua criação e sua curta duração mostram que essa serviu somente como veículo de transferência do dinheiro para a aquisição da Ri Happy e do ágio gerado nessa aquisição.

☐ Quem adquiriu efetivamente a participação acionária da Ri Happy, como declarado ao CADE, o real investidor, foi o Grupo Carlyle e não ocorreu a devida e necessária confusão patrimonial. As empresas “T4U” (T4U, T4U I, T4U II) e os FIP

brasileiros criados na época das aquisições são apenas camadas interpostas entre os reais investidores, grupo Carlyle, e os vendedores;

☒ No mesmo dia em que foi realizado o pagamento a título de sinal pela aquisição da participação acionária da Ri Happy, 23/12/2011, havia sido efetuado o aumento de capital social da T4U (doc. 076 - fl. 33) pelo FIP Fundo Brasil e pelo FIP CTS e esse, por sua vez, tinha iniciado suas operações e recebido seu primeiro aporte de recursos, na véspera, 22/12/2011 (doc. 107). De um dia para o outro, os recursos entraram e saíram dos FIP, entraram e saíram da T4U e entraram na Ri Happy;

☒ Da mesma forma ocorreu quando houve o pagamento referente à primeira parcela. Em 27/02/2012 foi aprovado aumento de capital na T4U (doc. 076 - fl. 39) e no dia 28/02/2012, o dinheiro entrou e saiu da T4U (doc. 081). Fica aqui evidente, mais uma vez, a função exercida pela T4U de veículo do transporte de dinheiro dos FIP para a Ri Happy;

☒ Verifica-se portanto que se trata de uma simulação, que toda a estrutura montada e sequência de operações realizadas serviram apenas para que artificialmente, aparentemente, fossem cumpridos todos os requisitos para a amortização do ágio.

☒ No caso em tela, tem-se que o FIP CTS e o FIP Fundo Brasil são fundos de investimento em participação e, como tal, não são dotados de personalidade jurídica, não se encaixam na categoria de contribuintes e, portanto, não poderiam incorporar nenhuma empresa nem ser incorporados, logo não seria possível a dedutibilidade da amortização do ágio estabelecida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Seus quotistas, por outro lado, são outros fundos de investimentos do grupo Carlyle, domiciliados no exterior e constituídos de acordo com as leis em Delaware, conforme pode se verificar pelos contratos de Fiança emitidos pelo Bradesco, que mostra quem são os cotistas do FIP CTS (doc. 020 - fl. 105 e 114);

☒ Assim, o capital empregado na aquisição com ágio teve origem no exterior, por investimento do Grupo Carlyle, que se manteve como investidor indireto da Ri Happy, por meio dos fundos de participação CTS, Fundo Brasil e, também por outros de investimentos do grupo Carlyle que adquiriram participação da Ri Happy posteriormente. A T4U é tão somente uma empresa veículo interposta com a única finalidade da fiscalizada artificialmente gerar as indevidas vantagens tributárias da amortização fiscal do ágio e de despesas de juros, conforme será detalhado adiante;

☒ Ademais, pode-se alegar que a razão da existência da T4U seria o fato da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) proíbe fundos de investimentos de contraírem dívidas. De fato, é vedado aos fundos de investimentos contraírem ou efetuarem empréstimos assim como esses também não podem prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma, nos termos do art. 35 da Instrução CVM nº 391, de 2003;

☐ Ocorre que o grupo Carlyle apenas superficialmente cumpriu a determinação da CVM pois, apesar de, formalmente, quem teria assumido a dívida da aquisição alavancada da participação acionária da Ri Happy teria sido a T4U, quem prestou garantias perante o Bradesco, banco que atuou como fiador na operação, foi o FIP CTS, desobedecendo assim a vedação expressa imposta pelo art. 35 da Instrução CVM nº 391 de 2003;

☐ No dia 28/02/2012, data de fechamento da operação de aquisição da participação acionária da Ri Happy, foram assinados os contratos de fiança nº 2.057.096-2 (tendo como beneficiário o Sr. Ricardo Sayon) e nº 2.057.097-0 (tendo como beneficiário o Sr. Roberto Salim Saba), ambos com valor afiançado de R\$ 118.092.512,70 e intitulados "Instrumento Particular de Contrato de Constituição de Garantias e Outras Avenças";

☐ Analisando-se a cláusula 2 do contrato, percebe-se que o valor da remuneração a ser pago a título de comissão pela fiança, após a incorporação da T4U pela Ri Happy era incerto no momento de sua assinatura e, da leitura da cláusula 7, constata-se que o CTS FIP, em clara desobediência, ao arrepio da vedação imposta pelo inciso III do art. 35, se coobrigou efetivamente, atuou como garantidor da operação na medida em que, no dia 27/02/2012, assinou um Instrumento de Alienação Fiduciária das ações emitidas pela T4U que eram de sua propriedade, e que as cotas por ele emitidas, detida pelos COTISTAS CTS FIP foram penhoradas;

☐ Em razão da publicação da Instrução CVM nº 535/13, que alterou a Instrução CVM nº 391/03, em Ata de Assembleia Geral de Cotistas realizada em 04/10/2013 (doc. 106), foi aprovada a alteração do Regulamento do Fundo;

☐ Dado que a autorização da CVM foi dada somente posteriormente ao ato, foi descumprido também o próprio Regulamento do CTS FIP então vigente. Vale ressaltar que a Instrução Normativa nº 535/2013, que passou a permitir que os fundos de investimento possam coobrigar-se mediante aprovação da maioria qualificada dos cotistas reunidos em assembléia geral e desde que o regulamento do fundo preveja essa possibilidade, somente entrou em vigor em 31/07/2013. Até então não havia essa possibilidade;

☐ Além do Instrumento de Alienação Fiduciária e do Instrumento de Penhor, foram emitidas também Notas Promissórias no valor de 125% das Cartas de Fiança, ou seja, nos valores de R\$ 147.615.640,88; tais notas não foram apresentadas, bem como não foram enviadas as que as substituíram em decorrência da incorporação da T4U pela Ri Happy;

☐ Embora a interessada afirme que não foram emitidas novas NPs após a incorporação, esta informação contradiz o que consta nos Termos Aditivos apresentados;

☐ Foram exibidas as Notas Promissórias referentes a outros contratos, de nº 2.057.100-4 e de nº 2.057.101-2 (doc. 034 - fls. 53 e 55), no valor de R\$ 18.750.000,00 cada, que estão relacionadas ao empréstimo feito pela Ri Happy

junto aos sócios fundadores da Companhia no valor de R\$ 30.000.000,00, sendo devido o valor de R\$ 15.000.000,00 a cada sócio e, portanto, as Notas Promissórias refletem o valor de 125% do montante afiançado a cada sócio;

☐ Por todo o exposto acima, cumprir a restrição imposta pela CVM não parece ter sido o motivo determinante da criação da empresa veículo T4U, já que não foi respeitada a vedação imposta no inciso III do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003;

☐ A contribuinte afirma ter tido propósitos negociais para a incorporação: viabilizar o pagamento da dívida assumida quando da aquisição; reduzir os encargos decorrentes dos Contratos de Fiança; e simplificar a estrutura organizacional do grupo;

☐ A respeito do primeiro motivo apresentado, pode-se afirmar que a dívida poderia ser paga com os dividendos resultantes de sua participação acionária; todavia, isso não seria interessante para a fiscalizada conforme será explanado detalhadamente no tópico referente à compra alavancada;

☐ Quanto ao segundo motivo, tendo em vista o valor da remuneração a ser pago a título de comissão pela fiança, após a incorporação da T4U pela RI HAPPY, variar em função da relação entre Dívida Líquida e EBITDA e não ser possível prever o seu valor, não era possível ter certeza, naquele momento, de qual seria o percentual de comissão a ser pago no futuro;

☐ Quanto ao terceiro motivo, não foi fornecido nenhum detalhe ou explicação;

Compra alavancada – comentários sobre seu uso para justificar a utilização da T4U

☐ Ademais, com a utilização da T4U, atingiu-se, ainda, um objetivo que poderíamos, superficialmente, classificar exclusivamente como financeiro: o passivo correspondente ao empréstimo tomado para financiar parte da operação, com o uso da estratégia de investimento denominada aquisição alavancada, foi transportado para a investida, para ser por esta suportado;

☐ Pois não se trata, aqui, apenas de viabilizar um mecanismo pelo qual a Ri Happy suportasse parte dos custos de sua própria aquisição. Trata-se de, ao mesmo tempo, obter vantagens tributárias. Assim, na aquisição alavancada os objetivos financeiro e tributário da operação se fundem: estando o passivo contabilizado na Ri Happy, essa nada recolhe em tributos, ao passo que os Investidores nada desembolsam com pagamento de juros, pois tal obrigação foi transferida para a empresa adquirida; por sua vez, quando o passivo se encontra contabilizado nos Investidores, o montante dos tributos recolhidos pela Ri Happy correspondente exatamente ao desembolso feito pelos Investidores com pagamento de juros;

☐ Deste modo, tendo os encargos do passivo sido suportados pela Ri Happy, a (indevida) redução de sua carga tributária corresponde, na prática, a pagamento

feito pelo Tesouro brasileiro (na forma de tributos não recolhidos) de obrigação devida pelos Investidores;

☐ A fiscalizada poderia alegar que a T4U era necessária para transportar o passivo para a Ri Happy, independentemente dos aspectos tributários decorrentes. Todavia, consistiria em mera especulação debater se os Investidores teriam ou não interesse em fazer com que a T4U suportasse os custos do passivo sem aproveitá-los tributariamente. Concretamente, os objetivos financeiro e tributário caminharam juntos no presente caso;

☐ Conclui-se assim, por todo o exposto, que a motivação apresentada, ou seja, os propósitos negociais quanto à intermediação realizada por meio da empresa veículo T4U e sua incorporação logo após a concretização da aquisição, não são plausíveis:

☐ O propósito negocial de uma empresa não pode ser o de dar aparência de legalidade a certas operações, de contornar artificialmente as normas legais, ou funcionar como um escudo para escapar das restrições normativas impostas;

☐ Por todos os motivos já expostos, os quais resumiremos a seguir:

o O valor do ágio foi artificialmente inflado ao se incluir, como sendo parte do custo de aquisição do investimento, o ajuste de dívida aplicado após a incorporação da T4U pela Ri Happy;

o O documento apresentado pelo contribuinte, além de ser extemporâneo, ter sido elaborado quase quatro meses após a operação de aquisição, não se presta para a comprovação do fundamento econômico do ágio, como alertado pelo próprio consultor responsável pelo relatório;

o Ao indicar o fundamento econômico do ágio, o contribuinte não fez a devida alocação dos valores referentes aos intangíveis, como a própria marca Ri Happy, e à mais valia resultante da avaliação, o valor de mercado, dos bens do ativo;

o Não houve a devida confusão patrimonial entre a investidora, real adquirente, e a investida. Uma empresa veículo, com existência apenas contratual, sem qualquer substância econômica, foi interposta entre o investidor e a investida, para figurar formalmente como compradora;

3.3.2. Ágio T4U I

☐ O ágio T4U I, no valor de R\$ 95.423.252,92, surgiu a partir da aquisição, pela empresa veículo T4U I, de 27% das ações da RI HAPPY, dos FIP CTS e Fundo Brasil, a seguir explicitado:

o Em 18/07/2012, foi constituída a empresa “Shilo Participações Ltda.”, que tinha como sócios TMF Brasil Participações Ltda. e TMF Brasil Empreendimentos Ltda. e um capital social de R\$ 100,00 (doc. 077);

o Em 20/08/2012 foi criado o FIP RHPBK, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado e gerido pelo grupo Carlyle, com início das operações em 27/08/2012;

o Em 24/08/2012 (doc. 077), os sócios da Shilo se retiraram da sociedade, transferindo 99 cotas para o FIP RHPBK, e 1 cota para o Sr. Hector Nuñez. Em seguida a sociedade é transformada de Limitada (Ltda.) para Sociedade Anônima (S.A.), a sua denominação social é alterada para "T4U I Participações S.A", o seu endereço é alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, o Sr. Juan Carlos Felix Estupinan é um dos eleitos para o Conselho de Administração e são eleitos também Hector Nuñez para o cargo de diretor-presidente, e Maria Cecília do Nascimento para o cargo de diretora sem designação específica;

o Em 27/08/2012, o capital social da T4U I é alterado para R\$ 135.900.000,00 mediante aporte de recursos feito pelo FIP RHPBK (doc. 079);

o Em 28/08/2012, a T4U I ingressou no quadro de acionistas da Ri Happy mediante a subscrição de 50.018.942 ações, no valor de R\$ 135.700.000,00. Os FIP Fundo Brasil e G5 RS subscreveram 13.269.579 e 11.168.563 ações respectivamente. O FIP CTS cedeu seu direito de preferência. Nessa etapa foi gerado um ágio no valor de R\$ 95.423.252,92 (doc. 073 – fl. 90);

o Em 28/11/2013, a T4U I foi incorporada pela Ri Happy (incorporação reversa) (doc. 075 - fl. 06). Ficaram como sócios da Ri Happy os FIP RHPBK, RUNDO BRASIL, CTS e G5 RS. O ágio da T4U I passou a ser amortizado a partir de dez/2013;

☐ Verifica-se, portanto, que foi utilizado o mesmo esquema sequencial estruturado para gerar e amortizar ágio: são criados fundos de investimentos específicos para esse investimento, no caso em tela o FIP RHPBK (verifica-se inclusive que o único investimento em participação societária desse FIP sempre foi e continua sendo, até 2019, a Ri Happy - doc.114), geridos pelo grupo Carlyle, são adquiridas empresas "de gaveta" de apenas R\$ 100,00 de capital social, que servem apenas de veículo para os recursos e para o ágio, injetam dinheiro nos FIP recém criados, estes por sua vez aumentam o capital social da empresa veículo e essa, no mesmo dia adquire ações da companhia investida, no caso a RI HAPPY. Pouco tempo depois a veículo é incorporada, os FIP passam a ser acionistas diretos da RI HAPPY e o ágio começa a ser amortizado pela fiscalizada;

☐ No caso ora tratado, o FIP RHPBK entrou em operação no dia 27/08/2012, recebeu o aporte de dinheiro, no mesmo dia já subscreveu ações da T4U I aumentando seu capital social. O dinheiro, R\$ 135.900.000,00, foi recebido pela T4U I no dia 29/08/2012 e, nesse mesmo dia a T4U I já fez a TED, no valor de R\$ 135.700.000,00, referente ao pagamento pela aquisição pela ações da Ri Happy;

☐ Trata-se a situação de ágio interno, gerado dentro do grupo econômico, em que a participação acionária da Ri Happy é transferida de um fundo de investimento do grupo Carlyle para outro fundo de investimento do grupo Carlyle;

Valor do ágio (doc. 084):

Descrição	Valor
Valor do aporte de capital da T4U I na RI HAPPY	135.700.000,00
PL da RI HAPPY imediatamente após o aporte de capital	148.677.545,53
% de Participação adquirido pela T4U I na RI HAPPY	27,09%
Investimento da T4U I Participações na RI HAPPY - MEP	40.276.747,08
Ágio registrado na T4U I em relação ao investimento na RI HAPPY	95.423.252,92

Ágio interno:

☐ Em respostas a intimações (doc. 095) e a reuniões na ação fiscal já encerrada, fica nítida a intenção da fiscalizada de minimizar a função do grupo Carlyle na administração da Ri Happy, de passar a ideia de que o grupo Carlyle era um "mero gestor" sem grande relevância dentro do grupo Ri Happy;

☐ Foi realizada também uma ação de diligência junto à Santander Security Services Brasil Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, atual denominação da CRV DTM, administradora de diversos fundos de investimento do grupo Carlyle no Brasil;

☐ Pela resposta apresentada pela Santander DTVM se confirma que o grupo Carlyle não é um mero gestor profissional, além de ser cotista do CTS FIP, tem ingerência e enorme poder de influência sobre o grupo Ri Happy;

☐ A despeito das informações prestadas pela Santander DTVM, a fiscalizada, em sua defesa, na Impugnação e no Recurso Voluntário (no PA do Auto de Infração relativo a anos calendários anteriores) afirma, entre outras alegações, que o gestor do fundo não possui participação nos fundos de investimento (doc. 128 pg. 51) e que não há vínculo societário entre RHPBK e o Fundo Brasil e CTS, e que o Gestor do Fundo de Investimento é apenas a pessoa "autorizada pela CVM para o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários, (...) (doc. 128 – pg. 45);

☐ Alega ainda que havia um terceiro independente, o Fundo G5 RS. Ocorre que o G5 RS era detentor de apenas 15% das ações, não tendo poder de decisão determinante. No momento em que a T4U I adquiriu as ações da Ri Happy, o CTS FIP detinha 60% e o Fundo Brasil FIP, 25% da participação acionária da Ri Happy. Após a operação de aquisição, pela T4U I, de 27% da participação acionária, o G5 RS FIP, exercendo integralmente seu direito de preferência, manteve os seus 15% de participação. Os fundos que tiveram sua participação reduzida foram o CTS FIP, que cedeu integralmente seu direito de preferência e reduziu seu percentual de participação de 60% para 36% e o Fundo Brasil FIP, que cedeu parcialmente seu direito de preferência e reduziu parcialmente sua participação, de 25% para 22%. Não foi o G5 RS FIP, acionista minoritário, sem poder de veto, que cedeu, que disponibilizou sua participação societária;

☐ É fácil verificar, no entanto, que o Carlyle, além de ter a função de gestor, era também cotista do CTS FIP. No Instrumento particular de Contrato de

Constituição de garantia e Outras Avenças, apresentado pelo contribuinte em resposta à Intimação nº 06, consta, na página que apresenta as partes, que o CARLYLE CTS SOUTH AMERICA BUYOUT FUND (DELAWARE), LLC, fundo de Investimento constituído em Delaware é cotista do fundo FIP (doc. 020 - fl. 105). Os outros cotistas são também fundos de investimento do grupo Carlyle constituídos de acordo com as leis em Delaware;

☐ Da mesma forma, pelo REGULAMENTO DO RHPBK COINVESTIMENTO - FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, de 15/08/12, também se constata facilmente que o Grupo Carlyle também é quotista do RH PBK FIP;

☐ Estamos, portanto, diante de um sinal evidente de fraude do contribuinte ao tentar esconder que o grupo Carlyle era cotista dos FIP e que a Ri Happy e a T4U I estariam sob controle comum;

☐ Em relação à vedação à amortização do ágio em operações entre partes relacionadas alegada pela fiscalizada em sua impugnação, qual seja, "somente a partir da publicação da MP nº 627/2013 e da Lei nº 12.973/14 é que passou a ser vedado o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas", o acórdão proferido pela DRJ Rio de Janeiro esclarece que "se trata de norma meramente declaratória, pois a vedação já se fundamentava tanto na ausência de riqueza nova em transação dos acionistas com eles próprios quanto na impossibilidade de se apurar o valor econômico de um bem a partir de negociações entre partes dependentes";

☐ O reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico também não encontra respaldo na Contabilidade (Pronunciamento Técnico CPC-04 - item 47 e Resolução CFC nº 1.110/07 – item 120); a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico (Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007);

☐ Se o ágio intragrupo não é reconhecido pela lei societária e pela Contabilidade, também não o será pela lei tributária. O lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ, não se confunde com o lucro contábil, mas é a partir desse que se chega àquele. Seu conceito encontra-se definido no artigo 247 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999);

☐ A lei tributária determina que a base imponible do IRPJ tenha como ponto de partida o lucro líquido que, por conseguinte, será apurado com observância das leis comerciais e, em especial da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), que posteriormente foi alterada pela Lei nº 11.638/07, consoante dispõe o art. 274 do RIR/1999:

☐ O conceito do Lucro líquido, por sua vez, encontra-se definido no artigo 248 do mesmo regulamento;

☒ Por sua vez, a interseção entre a lei tributária, a lei societária e a contabilidade fica clara na própria Lei das Sociedades por Ações que contém alguns dispositivos, cuja interpretação exige o auxílio da ciência contábil;

☒ Isto posto, o contribuinte é obrigado, pela lei tributária, a apurar o lucro líquido de acordo com a lei societária que, por seu turno, determina que este lucro seja obtido através da observância da escrituração e dos preceitos da Ciência Contábil;

☒ Cabe ressaltar também o art. 299 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, de 1999 (RIR/99), que traz o conceito de despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, para fins de dedutibilidade;

☒ A despesa de amortização de ágio interno evidentemente não se enquadra no conceito de despesa necessária e nem sequer é despesa, já que não implica o sacrifício de nenhum ativo;

☒ Sobre esses tipos de operação, com a criação artificial de ágio gerado dentro do grupo econômico, com utilização de uma empresa veículo, já há sólida jurisprudência formada;

☒ Ademais, também não foram cumpridos os outros requisitos legais para amortização do ágio, os quais serão abordados a seguir;

Fundamento econômico do ágio

☒ Analisando especificamente o ágio T4U I, o contribuinte apresentou como documento hábil para a comprovação do fundamento econômico do ágio, o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira apresentado pela Deloitte em 10/04/2013 (doc. 085), tendo como data base o dia 31/08/2012. Verifica-se também neste caso que o laudo é extemporâneo dado que a aquisição da participação societária pela T4U I ocorreu em 27/08/2012 (doc.073 - fl. 90). Ou seja, o laudo foi apresentado quase oito meses após a data de aquisição da participação societária;

☒ Tal relatório não mostra o valor de mercado, dos bens do ativo da empresa, tampouco o valor dos ativos intangíveis existentes na data de aquisição, simplesmente faz uma projeção de resultados, baseada em uma série de premissas, utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado;

☒ Verifica-se que o consultor responsável, ciente que tal relatório não pode ser utilizado para efetivar a alocação contábil ou tributária do ágio, faz uma série de alertas, entre as quais que os dados e informações prestados pela empresa não foram verificados e/ou auditados;

☒ Constata-se, por conseguinte, que tal relatório, para fins de determinação de fundamento econômico do ágio, não tem serventia alguma;

☒ Instado a apresentar laudo ou documento contemporâneo à data de aquisição das ações da Ri Happy, o contribuinte apresentou os mesmos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira elaborados pela Deloitte;

☐ Novamente intimado, o contribuinte enviou também o Relatório de Avaliação de Ativos Fixos e Certos Ativos Intangíveis (doc. 030), o qual o contribuinte denominou como Laudo PPA, que tem como objetivo fornecer subsídios para a Administração da T4U I no processo de alocação do preço de compra e elaboração dos seus demonstrativos financeiros de acordo com critérios estabelecidos pelo pronunciamento contábil CPC 15 – Combinação de Negócios (Business Combination);

☐ As conclusões apresentadas em tal relatório, todavia, não foram utilizadas pelo contribuinte na determinação do fundamento econômico do ágio sob o argumento que os Relatórios de Avaliação Econômica elaborados pela Deloitte (...) se prestam à exigência tributária. O valor total do ágio foi alocado no fundamento rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, sendo que está demonstrado, no caso em tela, que não se pode considerar que o valor total do ágio tem como fundamento econômico valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

Confusão Patrimonial

☐ Além de se tratar de ágio gerado internamente, dentro do grupo econômico, e de não ter como verdadeiro fundamento econômico a rentabilidade com base em previsão de resultados em exercícios futuros, também não foi cumprido o requisito legal da confusão patrimonial entre a investidora, a real adquirente, e a investida, já que a T4U I, empresa veículo, não tem nenhuma substância, tem existência meramente formal, documental;

☐ No próprio Contrato de Compra e Venda entre a T4U II e a Ri Happy, no anexo 2.2g, a T4U I é denominada como Veículo RHPBK (doc. 011 - fl. 115);

☐ Pode se verificar, pelas DIPJ do ano calendário 2012 (doc. 059) e 2013 (doc. 060), que a T4U I só teve existência formal, contratual. Nunca teve despesa de aluguel, nem despesas operacionais usuais que demonstrem existência e funcionamento da empresa, nem tampouco qualquer funcionário. Na DIRF da T4U I (doc. 063) consta como único beneficiário o Escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados, escritório utilizado pelo grupo Carlyle;

☐ Embora na DIPJ (doc. 059) o senhor Hector Nuñez conste como sócio da T4U I e a assembleia geral da T4U I (doc. 077) tenha aprovado a eleição do Sr. Hector Nuñez como Diretor Presidente e da Sra. Maria Cecília do Nascimento como Diretora sem designação específica da T4U I, as DIRF mostram que quem pagava os rendimentos do Sr. Hector Nuñez (doc. 066) e da Sra. Maria Cecília do Nascimento era a própria Ri Happy (doc. 071);

☐ Em busca no sistema Receitaneet BX não foi localizado qualquer arquivo de escrituração contábil digital ECD, da T4U I (doc. 129);

☐ Por todos os motivos já expostos - i. trata-se de ágio interno, gerado dentro do grupo econômico, ii. o documento apresentado pelo contribuinte, além de ser extemporâneo, não se presta para comprovação do fundamento econômico do

ágio, como alertado pelo próprio consultor responsável pelo relatório, iii. ao indicar o fundamento econômico do ágio, o contribuinte não fez a devida alocação dos valores referentes aos intangíveis, como a própria marca Ri Happy, e à mais valia resultante da avaliação, a valor de mercado, dos bens do ativo e iv. não houve a devida confusão patrimonial entre o investidor, real adquirente, e a investida – conclui-se pela impossibilidade de aproveitamento fiscal desse ágio;

3.3.3. Ágio T4U II

▣ O ágio T4U II, no valor de R\$ 66.881.151,94, tem origem na aquisição, pela empresa veículo T4U II, dos 15% das ações restantes da Ri Happy que, detidas indiretamente pelos sócios fundadores, estavam em nome do fundo G5 RS da Ri Happy, a seguir explicitado;

o Em 14/05/2013 (doc. 011) a sociedade BR Brasil Participações Ltda., cujos sócios são BR CPF Food Brasil Holdings 1 LP, BR CPF Food Brazil Holdings 2 LP, BR CPF Food Brasil Holdings 3 LP, sociedades constituídas em Delaware, é transformada em Limitada (Ltda.) para Sociedade Anônima (S.A.), com capital social de R\$ 100,00;

o Em 04/10/2013 (doc. 011 – fl. 42), a denominação da sociedade é alterada para T4U II Participações S.A., o seu endereço é alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, o objeto social é alterado, ocorre a destituição dos membros do Conselho de Administração e, para ocupar seus lugares, são eleitos os senhores Juan Carlos Felix Estupinan, Fernando César Dantas Porfírio Borges e Daniel Braga Sterenberg;

o Em 08/10/2013, é assinado o contrato de compra e venda de 15% das ações da Ri Happy, detidas pelo FIP G5 RS. Como comprador, figura no contrato a T4U II (doc. 011 – fl. 82);

o Em 23/01/2014, a FIP RHPBK II, constituído sob a forma de condomínio fechado, inicia suas operações (doc. 119);

o Em 24/01/2014 ocorre a subscrição de 104.999.900 novas ações e o capital social da T4U II é alterado, de R\$ 100,00 para R\$ 105.000.000,00. Seus sócios nesse momento são o FIP CTS II, com 49,01% das ações e FIP Fundo Brasil com 19,05% das ações (doc. 11 - fl. 57);

o Em 31/01/2014 são nomeados o Sr. Hector Nuñez, como diretor presidente, e o Sr. Antônio José Barbosa Guimarães para o cargo de diretor sem finalidade específica (doc. 102);

o Em 31/01/2014 a empresa veículo T4U II adquire os 15% das ações restantes da Ri Happy que, detidas indiretamente pelos sócios fundadores, estavam em nome do fundo G5 RS. Assim, o grupo Carlyle passou a deter 100% de participação acionária na companhia (doc. 011);

o Em 28/02/2015, a T4U II é incorporada pela Ri Happy (incorporação reversa) (doc. 011 – fl. 63). Em março de 2015 começou a ser amortizado o “ágio T4U II”;

☐ No mesmo dia, 31/01/2014, a T4U II recebeu o aporte de dinheiro para integralização do capital social, no montante de R\$ 104.247.268,37 para o FIP G5 RS a título de aquisição das ações (doc. 003 – fl. 181);

Valor do ágio T4U II

APURAÇÃO DO ÁGIO T4U II	
A. Aporte de capital da T4U II na Ri Happy	104.247.268,37
B. Patrimônio líquido da Ri Happy imediatamente após o aporte de capital	249.107.100,00
C. % de participação acionária adquirido	15,00%
D. (B*C) Investimento da T4U II - MEP	37.366.065,00
E. (A-D) Ágio reconhecido na T4U II relativo a participação acionária adquirida na Ri Happy	66.881.203,37

Fundamento econômico:

☐ O contribuinte apresentou como documentação hábil para a comprovação do fundamento econômico do ágio T4U II, expectativa de rentabilidade futura, o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira apresentado pela Deloitte em 14/01/2015, tendo como data base o dia 31/12/2013 (doc. 003 - fl. 138). Verifica-se também neste caso que o laudo é extemporâneo dado que a aquisição da participação societária pela T4U II ocorreu em 31/01/2014, ou seja, o relatório foi apresentado praticamente um ano depois da aquisição;

☐ Tal relatório, assim como os anteriores, simplesmente faz uma projeção de resultados, baseada em uma série de premissas, utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado;

☐ Constata-se, por conseguinte, que tal relatório, para fins de determinação de fundamento econômico do ágio, não tem serventia alguma;

☐ Intimada e reintimada a apresentar outro documento ou lado, a fiscalizada enviou pela terceira vez os Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira da Deloitte;

☐ A T4U II não foi incorporada em prazo inferior a um ano: a aquisição da T4 U II não ocorreu em 08/10/2014, como alegado pela fiscalizada, mas sim em 31/01/2014 e sua incorporação só ocorreu em 28/02/2015, tornando, portanto, vazia a justificativa apresentada pela fiscalizada;

☐ Como já visto, no tópico de análise do ágio T4U, o Relatório de Avaliação de Ativos Fixos e Certos Ativos Intangíveis concluiu que o valor justo da marca Ri Happy em 31/08/2012, data base da avaliação, era R\$ 131,58 milhões. Além disso o relatório concluiu também que os valores da mais valia a valor justo dos ativos fixos avaliados somavam R\$ 43.509.979,78 na mesma data;

☐ O valor total do ágio T4U II foi alocado no fundamento rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, sendo que está demonstrado,

no caso em tela, que parte do ágio deveria ser alocado em Intangíveis e parte em valor de mercados dos bens do ativo fixo;

Confusão patrimonial

☒ No caso em tela, ágio T4U II, também não foi cumprido o requisito da confusão patrimonial entre o investidor, o real adquirente, grupo Carlyle, e a investida, dado que a T4U II é apenas uma empresa veículo;

☒ No momento da aquisição dos 15% restantes de participação acionária da Ri Happy os sócios da T4U II eram o FIP CTS II, com 49,01% das ações, o FIP RHPBK II, com 31,94% das ações e FIP Fundo Brasil com 19,05% das ações;

☒ O FIP CTS II iniciou suas operações em 30 de janeiro de 2014, mediante aporte de capital na T4U II (doc. 116). Após a incorporação da T4U II pela Ri Happy, passou a ser acionista da própria Ri Happy e desde então, seu único investimento em participação societária foi somente a Ri Happy (doc. 117);

☒ De acordo com o art. 4º do Regulamento do FIP de 16/12/2013 (doc. 115), o Fundo é administrado e gerido pela CRV Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. Todavia, embora o Carlyle não figure com gestor do FIP CTS II, verifica-se pelo seu regulamento, que o Comitê Gestor e de Investimento do fundo, eleito pelos cotistas, e do qual fazem parte integrantes do grupo Carlyle, é que é o responsável pelas decisões, que são depois aprovadas pela Assembleia Geral cotistas;

☒ O FIP RHPBK II foi constituído em 05/11/2013, sob a forma de condomínio fechado, e iniciou suas operações em 23 de janeiro de 2014 mediante aporte de capital na T4U II (doc. 119). Após a incorporação da T4U II pela Ri Happy, passou a ser acionista da própria Ri Happy e desde então, seu único investimento em participação societária foi somente a Ri Happy, conforme pode ser verificado pelo relatório das Demonstrações Financeiras de 31/03/2019 (doc. 120);

☒ O FIP RHPBK II é gerido pelo Carlyle e, no caso desse FIP é o gestor quem realmente tem poder e é o grande responsável pelas decisões;

☒ Do Regulamento do FIP RHPBK II, de 14/11/2013 (doc. 118), verifica-se que o gestor exerce intensa atuação não só nas estratégias de investimentos do fundo, mas também na administração das companhias investidas e na proteção dos interesses do fundo junto a essas. No entanto, como se não bastasse a relevância das funções do gestor, o Carlyle é também cotista do fundo, assim como outros fundos de investimento residentes ou domiciliados no exterior e geridos e/ou patrocinados pelo Carlyle;

☒ Assim, constata-se facilmente o poder de decisão e influência exercido pelo grupo Carlyle junto aos fundos de investimentos e suas investidas, sendo a T4U II apenas uma empresa veículo interposta às vésperas da aquisição da participação acionária restante, 15%, da empresa Ri Happy;

☒ Pode se verificar, pelo Balancete contábil (doc. 121) da T4U II, que essa teve somente existência formal, contratual, é só uma casca, é vazia. Embora tenha existido formalmente por mais de um ano, nunca teve despesa de aluguel, nem quaisquer despesas operacionais usuais que demonstrem existência e funcionamento da empresa, tampouco registrou qualquer funcionário. Suas únicas despesas são de honorários advocatícios e serviços contábeis. Na DIRF da T4U II (doc. 065) constam como únicos beneficiários o Escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados, a TMF Brasil - serviços paralegais e contábeis e a Ernst Young Assessoria Empresarial;

☒ Embora na AGE de 31/01/2014 tenham sido nomeados o Sr. Hector Nuñez como diretor presidente e o Sr. Antônio José Barbosa Guimarães para o cargo de diretor sem finalidade específica, as DIRF demonstram que quem pagou os rendimentos do Sr. Hector Nuñez (doc. 066) e do Sr. Antônio José Barbosa Guimarães (doc. 068) no ano calendário 2014 foi a própria Ri Happy;

☒ Na DIPJ do ano calendário 2013 (doc. 061) e na ECF do ano calendário 2014 (doc. 123) ainda constam como sócios BR CPF Food Brazil Holdings 1 LP, BR CPF Food Brazil Holdings 2 LP, BR CPF Food Brazil Holdings 3 LP, sociedades constituídas em Delaware;

☒ O único lançamento realizado na ECF 2014 é o referente à equivalência patrimonial do investimento na Ri Happy (doc. 123). Confirma-se assim, que não há qualquer sinal de efetiva existência e de real funcionamento ou atividade da T4U II. Suas únicas funções foram transportar os recursos financeiros dos FIP e o ágio para a Ri Happy;

☒ Por todos os motivos já expostos - i. o documento apresentado pelo contribuinte, além de ser extemporâneo, não se presta para comprovação do fundamento econômico do ágio, como alertado pelo próprio consultor responsável pelo relatório, ii. ao indicar o fundamento econômico do ágio, o contribuinte não fez a devida alocação dos valores referentes aos intangíveis, como a própria marca Ri Happy, e à mais valia resultante da avaliação, a valor de mercado, dos bens do ativo e iii. não houve a devida confusão patrimonial entre o investidor, real adquirente, e a investida – conclui-se pela impossibilidade de aproveitamento fiscal desse ágio;

☒ Nos três casos ora analisados, ágio T4U, ágio T4U I e T4U II houve a interposição de empresas veículo, sem qualquer substância econômica, com existência apenas contratual, formal, não se consumando assim a confusão patrimonial entre o real investidor e a investida;

☒ A jurisprudência recente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) corrobora o entendimento de que é necessário que se estabeleça a confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, conforme ementas de acórdãos do CARF e da CSRF que cita;

3.4. Dos valores deduzidos a título de amortização de ágio:

3.4.1. AC 2015 – Valor total de ágio amortizado é R\$ 92.645.112,74:

Competência	T4U	T4U I	T4 U II	Total acumulado
Jan/2015	5.466.198,21	1.325.322,96		6.791.521,17
Fev/2015	5.466.198,21	1.325.322,96		13.583.042,34
Mar/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	21.489.249,38
Abr/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	29.395.456,42
Mai/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	37.301.663,46
Jun/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	45.207.870,50
Jul/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	53.114.077,54
Ago/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	61.020.284,58
Set/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	68.926.491,62
Out/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	76.832.698,66
Nov/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	84.738.905,70
Dez/2015	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	92.645.112,74
Total 2015	65.594.378,52	15.903.875,52	11.146.858,70	92.645.112,74

3.4.1. AC 2016 – Valor total de ágio amortizado é R\$ 94.874.484,43:

Competência	T4U	T4U I	T4 U II	Total acumulado
Jan/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	7.906.207,04
Fev/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	15.812.414,08
Mar/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	23.718.621,11
Abr/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	31.624.828,15
Mai/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	39.531.035,18
Jun/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	47.437.242,22
Jul/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	55.343.449,25
Ago/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	63.249.656,29
Set/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	71.155.863,33
Out/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	79.062.070,36
Nov/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	86.968.277,40
Dez/2016	5.466.198,21	1.325.322,96	1.114.685,87	94.874.484,43
Total 2016	65.594.378,52	15.903.875,52	13.376.230,39	94.874.484,43

4. Verificação da Dedutibilidade das Despesas Financeiras:**4.1. Dos Fatos:**

☒ A obtenção de empréstimo pela T4U não decorreu de uma necessidade do grupo, mas consistiu em uma opção estratégica dos Investidores;

☒ Tal estratégia, conhecida como aquisição alavancada, compra alavancada ou leveraged buyout (LBO), consiste em fazer com que a investida arque com parte dos custos incorridos pelos investidores em sua própria aquisição e que, ao mesmo tempo, os serviços da dívida para tanto assumida reduzam a carga tributária da investida;

☒ A fiscalizada alega também que "(...) a única forma de permitir a compra alavancada seria por meio da utilização de uma sociedade que pudesse registrar a dívida da aquisição (tendo em vista que fundos de investimento, como o Fundo Brasil e o CTS, não podem registrar dívidas)";

☐ Contudo, a despeito de o empréstimo ter sido formalmente contratado pela T4U, quem de fato prestou garantias ao Bradesco, banco fiador, foi o CTS FIP, conforme se verifica na cláusula 7 do contrato de alienação fiduciária, violando assim a restrição imposta pelo inciso III do artigo 25 da Instrução CVM nº 391/2003;

☐ Como já exposto, se não houvesse a interposição da empresa veículo T4U, os juros e demais encargos do passivo correspondente a eventual empréstimo tomado para financiamento da operação seriam suportados pelos Investidores e não afetariam os resultados da Ri Happy;

☐ A fiscalizada argumenta também que a ideia é que a dívida seja paga com o próprio fluxo de caixa da investida, da companhia adquirida, que haja um encontro entre receitas e despesas. Entretanto, para que as despesas decorrentes do empréstimo obtido para financiar parte da operação fossem amortizadas com os resultados gerados pela investida, não seria necessário transportá-lo para o passivo da investida. Bastaria que a T4U não fosse incorporada e arcasse com tais custos por meio dos dividendos distribuídos. Todavia, isso inviabilizaria o pretendido aproveitamento tributário dessas despesas, premissa da estratégia;

☐ Após a incorporação da T4U pela Ri Happy, em 27/06/2012, houve a transferência da dívida da T4U para com os sócios fundadores para o passivo da Ri Happy. A partir de julho de 2012 as despesas financeiras, de juros e encargos de fiança, passaram a ser contabilizadas como despesas financeiras dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

☐ Conforme já demonstrado, através de exemplo numérico hipotético, estando o passivo contabilizado na Ri Happy, essa nada recolhe em tributos, ao passo que os Investidores nada desembolsam com pagamento de juros. Assim, com efeito, a obrigação devida pelos investidores é financiada pela (indevida) redução de carga tributária da fiscalizada;

☐ Todavia o aproveitamento fiscal dessas despesas pela Ri Happy é ilegal, como será explicitado a seguir;

4.2. Da Legislação Aplicável:

☐ Refletindo o disposto no artigo 47 da Lei nº 4.506/64, o artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda identifica as despesas dedutíveis na apuração do Lucro Real;

☐ De acordo com a norma supra, somente são consideradas operacionais, e portanto dedutíveis, as despesas que, não se tratando de custos, sejam necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. A norma define ainda despesas necessárias como aquelas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Acrescenta, finalmente, que as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

☐ Além da usualidade e normalidade, a despesa deve se mostrar necessária à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, ou seja, deve ter sido paga ou incorrida para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa;

☐ Assim, cabe perguntar: as despesas financeiras incorridas com juros e outras obrigações vinculadas ao passivo assumido são necessárias à atividade e à manutenção da fonte produtora da Ri Happy? Tais despesas são pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da Ri Happy?

☐ A resposta a essas perguntas, formuladas relativamente às despesas financeiras, depende da avaliação, feita no mesmo sentido, dos ativos aos quais correspondem; no caso, são dois os ativos aos quais corresponde o passivo assumido pela Ri Happy: Ativo 1 - parte da participação societária na Ri Happy detida pelos FIP; e Ativo 2: ágio registrado no ativo da Ri Happy que corresponde a tal participação;

☐ Quanto ao Ativo 1, uma vez que as despesas incorridas pela Ri Happy em decorrência de financiamento do referido ativo, ou seja, de financiamento de parte da participação na Ri Happy detida pelos FIP, de modo algum são necessárias à atividade ou à manutenção da fonte produtora da Ri Happy. Da mesma forma, não são pagas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da Ri Happy, mas sim para a quitação de obrigações assumidas pelos Investidores em seu próprio favor;

☐ Quanto ao Ativo 2, devemos observar que a presença de um ágio no ativo de uma empresa não faz aumentar suas receitas ou seu lucro; tampouco faz com que ela produza mais bens ou serviços. O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, como é o caso do ágio que se encontrava contabilizado na T4U previamente à incorporação, é apenas uma medida do valor antecipadamente desembolsado por um lucro que se espera que seja futuramente gerado pela investida. A percepção desse lucro não decorre da titularidade do próprio ágio, mas sim da titularidade da correspondente participação societária adquirida. No caso, titulares são os FIP, não a Ri Happy. Assim, enquanto o Ativo 1 rende para os FIP os resultados obtidos pela Ri Happy, o Ativo 2 em nada beneficia a Ri Happy;

☐ De fato, o ágio registrado no ativo da Ri Happy opera exclusivamente pela redução, pela via dos encargos de amortização, de seu resultado tributável - redução indevida, diga-se, com o conseqüente aumento do montante a ser distribuído aos acionistas. Nenhum benefício traz para a própria Ri Happy;

☐ Dessa forma, assim como no caso do Ativo 1, também os encargos que financiam o Ativo 2 não configuram despesas dedutíveis para a Ri Happy;

☐ Poderia ser alegado pela fiscalizada que a assunção do passivo da T4U pela Ri Happy é consequência legal da incorporação. De fato, com a manobra realizada -

utilização de empresa veículo - o passivo correspondente à aquisição de participação societária foi transferido para a Ri Happy, de tal modo que esta passou a figurar contratualmente como responsável pelo pagamento dos encargos devidos;

☒ Entretanto, é preciso observar que a obrigatoriedade jurídica quanto a uma despesa não é suficiente para lhe garantir dedutibilidade. Este é o caso, por exemplo, de desembolsos decorrentes das multas por infrações fiscais indicadas no artigo 41, § 5º, da Lei nº 8.981, de 1995. Da mesma forma, as despesas com a manutenção de um bem imóvel integrante do ativo permanente constituem encargo de seu proprietário, assim como eventuais tributos ou taxas condominiais sobre ele incidentes. Todavia, se esse bem não for empregado nas atividades produtivas da empresa, tais despesas não serão dedutíveis, conforme pode ser verificado da leitura dos artigos 2º e 13 da Lei 9.249/95;

☒ Vale lembrar que o contribuinte do IRPJ e da CSLL não é o Grupo Econômico como um todo, mas cada uma das pessoas jurídicas que o compõem. Dessa forma, o Grupo não tem a liberdade de transferir despesas de empresas deficitárias para empresas lucrativas com o estrito fim de reduzir sua carga tributária global. Para que um passivo transferido gere despesas dedutíveis para a pessoa jurídica que o recebe, todas as condições de dedutibilidade devem ser observadas especificamente pela receptora;

☒ A lógica que informa a dedutibilidade de despesas está em que a busca por receitas e lucros requer esforços que se traduzem em dispêndios. No caso em tela, as despesas financeiras vinculadas ao passivo recebido na incorporação em nada contribuem para aumentar as receitas da Ri Happy;

☒ Talvez se queira argumentar que a assunção do empréstimo pela Ri Happy era condição indispensável para que os Investidores se dispusessem a concretizar a operação e que nisso residiu o benefício por ela obtido. Entretanto, SE, de fato houve tal “benefício”, não é mensurável, já que não é possível saber qual futuro estaria reservado à Ri Happy caso não fosse adquirida pelo Carlyle;

☒ O tributo se origina na lei e sua incidência deriva da ocorrência do fato gerador nela previsto. Não cabe ao contribuinte escolher o que oferecerá e o que não oferecerá à tributação;

☒ Concluindo, as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela Ri Happy após a incorporação da T4U operam exclusivamente em favor dos Investidores, não da Ri Happy, não sendo necessárias para a Ri Happy. Assim, não configuram despesas dedutíveis, nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e artigo 299 do RIR/99;

4.3. Dos Valores Glosados e de seu Tratamento Tributário:

☒ Conforme determina o artigo 249 do RIR/99, custos, despesas, encargos, e quaisquer outros valores não dedutíveis na determinação do Lucro Real e que

tenham sido deduzidos na apuração do lucro líquido devem ser a este adicionados para obtenção daquele;

☐ Quanto à CSLL, sua base de cálculo parte igualmente do resultado do exercício antes da provisão para o imposto de renda, e o art. 57 da lei nº 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95, determina que se aplicam à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ;

☐ Desta forma, os valores referentes às despesas de financeiras concernentes à compra alavancada serão glosados, por serem indedutíveis, e serão adicionados ao lucro líquido do período para a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

Despesas de juros referentes à compra alavancada – do AC 2015

Conta: 0043202019 - JUROS DIVIDA EX-QUOTISTA
Saldo inicial: 0,00

Data	D/C	Valor	Saldo	D/C
30/04/15	D	691.279,33	691.279,33	D
30/04/15	D	587.067,62	1.278.346,95	D
30/04/15	D	714.818,35	1.993.165,30	D
30/04/15	D	691.147,40	2.684.312,70	D
31/05/15	D	761.643,32	3.445.956,02	D
30/06/15	D	755.614,82	4.201.570,84	D
31/07/15	D	884.425,74	5.085.996,58	D
31/08/15	D	842.986,28	5.928.982,86	D
30/09/15	D	852.322,09	6.781.304,95	D
31/10/15	D	903.226,51	7.684.531,46	D
30/11/15	D	788.850,28	8.473.381,74	D
31/12/15	D	923.287,18	9.396.668,92	D
31/12/15	C	9.396.668,92	0,00	

Obs. Os lançamentos referentes às competências de Jan a Mar/15 foram trazidos de outra conta contábil. Houve alteração nos sistemas da empresa e na codificação das contas

Despesas de juros referentes à compra alavancada – do AC 2016

Conta: 0043202019 - JUROS DIVIDA EX-QUOTISTA
Saldo inicial: 0,00

Data	D/C	Valor	Saldo	D/C
29/01/16	D	891.122,10	891.122,10	D
29/02/16	D	771.330,78	1.662.452,88	D
31/03/16	D	952.680,27	2.615.133,15	D
29/04/16	D	919.688,55	3.534.821,70	D
31/05/16	D	885.361,65	4.420.183,35	D
30/06/16	D	984.684,56	5.404.867,91	D
29/07/16	D	498.056,44	5.902.924,35	D
31/08/16	D	503.836,54	6.541.568,39	D
30/09/16	D	486.385,65	7.027.954,04	D
30/09/16	D	49,93	7.028.003,97	D
31/10/16	D	465.500,27	7.556.300,10	D
30/11/16	D	488.644,10	8.109.557,42	D
31/12/16	D	508.815,74	8.686.126,07	D
31/12/16	C	8.356.156,58	0,00	

5. Lançamentos de Ofício:

5.1. Ano-Calendarário 2015:

5.1.1 – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	92.645.112,74
Adição a título de despesa financeira não dedutível	9.396.668,92
Valor total adicionado ao Prejuízo Fiscal declarado pelo contribuinte	102.041.781,66

5.1.2 – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	92.645.112,74
Adição a título de despesa financeira não dedutível	9.396.668,92
Valor total adicionado à Base de Cálculo da CSLL	102.041.781,66

5.2. Ano-Calendarário 2016:**5.2.1 – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	94.874.484,43
Adição a título de despesa financeira não dedutível	8.356.156,58
Valor total adicionado ao Prejuízo Fiscal declarado pelo contribuinte	103.230.641,01

5.2.2 – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL**Base de Cálculo da CSLL apurada pelo contribuinte**

Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	94.874.484,43
Adição a título de despesa financeira não dedutível	8.356.156,58
Valor total adicionado ao Prejuízo Fiscal declarado pelo contribuinte	103.230.641,01

5.3. Da Qualificação da Multa de Ofício:

☐ Cita o art. 44 da Lei nº 9.430/96 e os art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64;

☐ No caso em tela, verifica-se que estamos diante de um planejamento tributário abusivo em que o contribuinte utiliza um esquema estruturado composto de diversas operações sequenciais, formalmente legais, mas sem qualquer substância econômica, visando dar ares de legalidade e artificialmente se adequar, se encaixar nas regras previstas que permitem a amortização fiscal do ágio, e assim reduzir sua carga tributária;

☐ O contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção a amortizações de ágios, pretende induzir a fiscalização a avaliar operações que seriam inoponíveis à Fazenda. Age, portanto, com dolo, justificando a qualificação da multa;

☐ O contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção a amortizações de ágios, pretende induzir a fiscalização a avaliar operações que seriam inoponíveis à Fazenda. Age, portanto, com dolo, justificando a qualificação da multa;

☐ Caracteriza-se como simulação a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade;

☐ O Código Civil, em seu art. 167, trata da simulação e de suas consequências:

☐ O art. 149, inciso VII, do CTN, por sua vez, atribuiu ao fisco a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos simulados;

☐ No caso ora em análise, foi constatado que o contribuinte, na medida em que fez uso de uma sequência de operações estruturadas, planejadas, utilizando-se de empresas veículos com existência apenas formal, contratual, agiu dolosamente, praticando atos simulados no intuito de tentar impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal;

☐ Além disso, o contribuinte inflou artificialmente o custo de aquisição e, conseqüentemente, o valor do ágio apurado, no caso do ágio T4U e amortizou ágio gerado internamente, dentro do grupo econômico;

6. Responsabilidade Tributária:

☐ Cita o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN);

☐ O art. 121 do referido diploma legal, por sua vez, define o conceito de sujeito passivo; o art. 124 apresenta situações em que há solidarização da responsabilidade; e cita, por fim, o art. 135, III;

☐ No caso em tela, temos que o Sr. Juan Carlos Felix Estupinan figura como Diretor Presidente da empresa T4U que adquiriu a Ri Happy e que foi posteriormente incorporada pela mesma. Ele era o representante da T4U, como se pode ver da ata da AGE da Ri Happy, de 27/06/2012 e protocolo de incorporação, enquanto o Sr. Hector Nuñez aparecia como responsável pela Ri Happy. O Sr. Hector Nuñez aparece também como representante da empresa T4U na DIPJ AC 2012, da T4U I na DIPJ AC 2012 e AC 2013 e em várias atas de AGEs da mesma e também da T4U II DIPJ AC 2013;

☐ Como representantes legais da Ri Happy e das empresas envolvidas nas diversas operações de reorganização societária, assinando os atos legais e formais de reestruturação, estão sendo responsabilizados pelas operações atinentes à utilização das empresas veículo T4U e T4U I e T4U II nas reorganizações societárias. Subentendem-se, em paralelo, aquelas pertinentes aos correspondentes lançamentos contábeis derivados destas operações, que suscitaram as amortizações indevidas dos ágios correspondentes;

☐ Outrossim, atuando na qualidade de presidente do Conselho Administrativo da empresa autuada, o Sr. Juan Carlos Felix Estupinan permitiu a dedutibilidade indevida da amortização dos ágios aqui tratados, pormenor que revela a conivência do órgão executivo da entidade em relação ao exercício da ilicitude praticada no curso dos períodos fiscalizados;

☐ Assim, sem prejuízo das consequências atinentes à esfera penal, impõe-se a responsabilização do Diretor Presidente da empresa e do Presidente do Conselho Administrativo, que participaram das transações, à época dos fatos geradores. Em

decorrência dos cargos que ocupavam, essas pessoas, além de possuírem interesse comum na situação, possuíam relevantes poderes administrativos (e decisórios) sobre atos praticados em nome da empresa, incluído o artifício doloso, demonstrado por esta fiscalização, para redução dos tributos devidos através da amortização de despesas com ágio e da dedução indevida de despesas financeiras não dedutíveis;

☐ Desta forma, estão sendo lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária para os Srs. Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez, que, como membros da alta cúpula da administração da companhia, participaram ativamente e dolosamente das decisões tomadas e contribuíram para a prática de atos ilícitos e de infração à lei;

7. Processos Formalizados:

☐ Em face das constatações descritas, foram lavrados os pertinentes Autos de Infração de IRPJ e CSLL, que foram anexados aos processo administrativo 16561.720138/2019-21;

☐ Em função do disposto na Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018, será formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais.

Cientificada em 24/12/2019 (fl. 4089), apresentou a interessada, Ri Happy Brinquedos S.A., em 23/01/2020 (Termo de Solicitação de Juntada - fl. 4102), a impugnação de fl. 4104/4218, juntamente com os documentos de fl. 4219/4220, alegando, em síntese, que:

☐ (...)

II – Discussão desses Autos:

☐ Esse processo administrativo decorre da lavratura de Autos de Infração para a exigência de IRPJ e CSLL sobre glosas de despesas de amortização de ágios e juros incorridas pela Requerente nos anos-calendário 2015 e 2016;

☐ Os ágios e os juros questionados pela Autoridade Fiscal estão relacionados a aquisições de ações da própria Requerente (Ri Happy) pela T4U Participações S.A. (T4U), T4U I Participações S.A. (T4U I) e T4U II Participações S.A. (T4U II);

☐ De fato, a T4U, T4U I e T4U II foram sociedades que efetivamente adquiriram participação societária na Requerente, existindo razões econômicas e negociais reais a suas existências e aos atos por elas praticados;

☐ (...)

III – Os Fatos:

☐ A T4U, T4U I e T4U II eram sociedades por ações detidas por fundos de investimento, devidamente registrados perante a CVM, que são administrados por instituições financeiras (como o Santander Securities Brasil DTVM S.A.) e geridos por sociedades integrantes do Grupo Carlyle;

☒ Ou seja, o Grupo Carlyle é o gestor dos fundos de investimento que utilizam seus recursos para investimentos em participações societárias, como é o caso da Ri Happy. O gestor, por sua vez, é a pessoa natural ou jurídica autorizada pela CVM para o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários contratada pelo administrador em nome do fundo para realizar a gestão profissional de sua carteira, nos termos do artigo 2º, inciso XXX da Instrução 555/14 da CVM;

☒ Veja-se que o gestor não é o sujeito detentor da propriedade dos recursos que estão no fundo de investimento. A titularidade dos recursos alocados a um fundo de investimento é de seus cotistas, conforme definição do artigo 2º, inciso XIV da ICVM nº 555/14, cuja redação é a seguinte: aquele que detém cotas de um fundo de investimento, mediante sua inscrição no livro de cotistas do fundo;

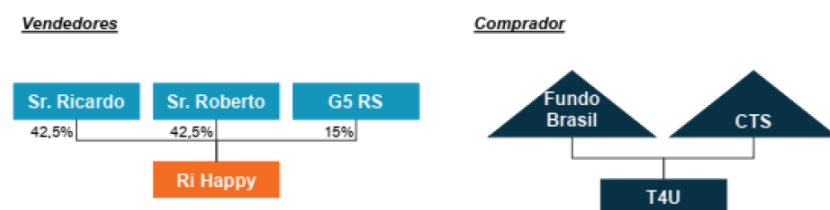
☒ As notícias que foram veiculadas em mídias que não estavam envolvidas na transação e que não possuem o conhecimento técnico jurídico necessário;

☒ O que devem ser consideradas são as reais circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas na aquisição, os documentos, atos e contratos que formalizaram e materializaram a aquisição, bem como as razões econômicas e negociais envolvidas;

☒ Feitas essas breves considerações, a Requerente passa a descrever os eventos relacionados às aquisições da Requerente pela T4U, T4U I e T4U II;

(A) Aquisição de participação societária na Requerente pela T4U

☒ Na fase das tratativas para a venda/aquisição das ações, as estruturas societárias eram as seguintes:



☒☒Esses fundos de investimento são geridos por sociedades do Grupo Carlyle, e administrados pelo Santander Securities Services Brasil DTVM S.A. (Santander DTVM);

☒ Por meio do Contrato T4U, a T4U adquiriu as 5.000.000 quotas da Requerente que eram detidas diretamente pelas pessoas físicas - representativas, na época, de 85% de seu capital social;

☒ Há dois pontos que merecem ser destacados em relação ao Contrato T4U e suas condições:

☒ O primeiro ponto é que, nos termos do Contrato, tratou-se de uma aquisição de participação societária realizada por meio de uma aquisição alavancada, pela qual

uma parcela considerável do preço é paga mediante contratação de dívida frente aos próprios vendedores; e

☐ O segundo ponto é que, também nos termos do Contrato (e também se relacionando com o preço de aquisição), havia previsão expressa de que o preço seria pago e composto do seguinte (cláusula 2 do Contrato T4U): Parcela de Sinal (sujeita à correção), Primeira Parcela (sujeita à correção) e 10 Parcelas Semestrais (sujeita à correção e a serem ajustadas pelo Ajuste de Dívida);

☐ Essas considerações são importantes, pois a Autoridade Fiscal não analisou devidamente o fato de a aquisição da T4U ter sido realizada na modalidade de aquisição alavancada, e também pelo fato de a Autoridade Fiscal ter questionado a composição do preço de aquisição da participação societária;

(a.1) O preço de aquisição da participação societária da Requerente pela T4U:

Primeira circunstância: a aquisição alavancada da Requerente pela T4U

☐ A compra alavancada consiste em uma modalidade de transação econômica pela qual o investidor adquire participação societária de determinada sociedade e uma parcela significativa do preço é financiada por meio de dívida tomada pelo comprador. A dívida, por sua vez é paga com o próprio fluxo de caixa gerado pelo investimento adquirido - sendo esse confronto de receitas e despesas realizado por meio da incorporação da sociedade adquirente pela sociedade adquirida; e é usualmente garantida com ativos da sociedade investida;

☐ Ou seja, trata-se de uma estrutura de investimento na qual o preço de aquisição é financiado junto aos Vendedores; e a dívida é paga com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Essa prática ficou conhecida no mercado como compra alavancada, e se tornou popular a partir da década de 1980;

☐ Para que esse modo de aquisição possa se materializar, por sua vez, faz-se necessária a criação de uma sociedade específica, que tenha a possibilidade de contrair a dívida e ter seu patrimônio absorvido pela sociedade adquirida - de modo a permitir que o caixa gerado pelo próprio investimento seja utilizado para quitar a dívida;

☐ A característica essencial à aquisição alavancada é que a compra da participação societária envolva a tomada de dívida, usualmente garantida pelos ativos da empresa investida, a ser liquidada com recursos gerados pelo próprio investimento;

☐ Trata-se de prática comum do mercado de aquisição de participações societárias no Brasil e no mundo;

☐ O E. CARF já reconheceu a normalidade da estrutura, quando do julgamento do Caso CVC e do próprio Caso da Ri Happy quando do julgamento do processo administrativo que analisa a glosa de despesas de ágio pela Requerente de 2012 a 2014, por meio do Acórdão 1401-003.082, reconhecendo que a participação de uma SPE em uma estrutura de aquisição alavancada é essencial, não podendo tal

entidade ser tratada como uma veículo (essa decisão foi proferida considerando especificadamente a situação da T4U);

☒ Não houve nenhuma irregularidade na constituição da T4U, todos os atos foram formalizados na Jucesp, houve inscrição de CNPJ e o objeto social da entidade estava de acordo com seu propósito;

Segunda circunstância: os componentes do preço da participação societária

☒ A segunda circunstância que advém da leitura atenta do Contrato da T4U é que o preço possuía uma métrica e sistemática próprias de determinação:



☒☒ Destaca-se, ainda, que os termos que estabeleceram as condições de pagamento do preço no Contrato T4U foram posteriormente alteradas e, assim, foi reconhecido o valor de venda de R\$ 516.471.695,52 devidamente discriminado em planilha apresentada às Autoridades Fiscais;

☒ A Autoridade Fiscal alegou que o valor correto seria de R\$ 386.107.439,43, pois, no seu entender: as parcelas semestrais não poderiam ser acrescidas do valor do Ajuste da Dívida, apesar de existir previsão expressa no Contrato T4U; o valor do Ajuste de Capital de Giro não pode ser considerado no preço de aquisição, pois não teria sido apresentado o comprovante de seu pagamento; o valor de R\$ 30.000.000.750,00 aportado como aumento de capital não pode ser considerado como custo de aquisição já que o valor base levou em conta a avaliação da companhia sem dívidas; e o valor das 10 parcelas semestrais foi atualizado incorretamente;

☒ Entretanto, não assiste razão à autoridade fiscal;

☒ Tendo em vista que (i) o fato de o Contrato T4U prever a incorporação das sociedades não representa nenhuma irregularidade (ao contrário! tal fato só demonstra que se tratou, efetivamente, de uma aquisição alavancada), e (ii) o fato de as Parcelas Semestrais terem de ser ajustadas para que o Preço acordado fosse o efetivamente pago (sem o impacto do confronto da dívida com o patrimônio da Requerente): resta claro que o Ajuste de Dívida é parte integrante do Preço de aquisição, nos termos da Cláusula 2.3 (c) do Contrato T4U e não pode ser desconsiderado, como pretende a Autoridade Fiscal. E, ainda que assim não se

entenda, é certo que o Ajuste de Dívida poderia ser deduzido como despesa financeira, de qualquer forma;

☒ Em relação ao Ajuste de Capital de Giro, a Autoridade Fiscal não questiona precisamente que o valor não pode compor o custo de aquisição, mas sim que esse valor não poderia ser incluído porque (i) não teria sido apresentado o comprovante de transferência bancária desse montante; e (ii) não teria sido demonstrado o cálculo de apuração do Ajuste de Capital de Giro;

☒ O fato que a Autoridade Fiscal desconsiderou que a Requerente apresentou o Termo de Acordo, de 22.6.2012 (fl. 1082/1084), pelo qual as partes não relacionadas e independentes, atestaram e concordaram que o valor do Ajuste de Capital de Giro seria de R\$ 58.386.109,94, sendo, portanto, inquestionável que o valor do Ajuste de Capital de Giro está lastreado por documentação hábil e idônea;

☒ Foi informado que a instituição financeira não disponibilizou as cópias dos comprovantes de transferência do recurso, mas é certo que se esse valor não tivesse sido adimplido, os vendedores já teriam ajuizado uma Ação de Execução para receber uma quantia de quase R\$ 60 milhões que lhes é devida!

☒ Assim, a parcela do Ajuste de Capital de Giro deve igualmente ser considerada no Preço pela aquisição de 85% da participação societária na interessada;

☒ Em relação ao valor do Aporte de Capital, no montante de R\$ 30.000.750,00, a Autoridade Fiscal apenas não se atentou ao fato de que o Valor Base do investimento (de R\$ 360.000.000,00) levava em conta uma avaliação na qual o investimento estava livre de dívidas. No caso concretamente efetuado, entretanto, já foi fartamente demonstrado ter se tratado de uma companhia que possuía obrigações financeiras perante terceiros e, por conta disso, foi necessário que os compradores realizassem um aporte de capital no investimento;

☒ Em relação à correção das parcelas semestrais, o que importa notar é que o índice de correção adotado pela interessada foi utilizado de forma consistente e que houve anuência dos Vendedores aos valores recebidos a título de Preço pela aquisição da participação societária;

☒ Por todo o exposto a esse respeito, o valor do custo de aquisição, a ser considerado para fins do cálculo do ágio da T4U, é de R\$ 516.471.695,52;

O valor do ágio reconhecido por ocasião da aquisição do investimento na T4U:

☒ Foi reconhecido um ágio de R\$ 437.295.857,13 nessa aquisição, conforme demonstrativo abaixo:

(A) Total investido	516.471.695,52
(B) PL da Requerente na data de aquisição	93.148.045,18
(C) Participação adquirida pela T4U	85%
(D = B - C) 85% do valor do PL da Requerente	79.175.838,40
(A - D) Ágio da Aquisição	437.295.857,13

☐ *Na época dos fatos: o valor do ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido da investida, demonstrando a tentativa da Autoridade Fiscal de exigir a valoração do ágio de acordo com critérios do Laudo PPA uma clara intenção de retroatividade da Lei nº 12.973/14; e não existia formalidades para a elaboração do estudo de justificação do ágio, sendo, portanto, descabidas as considerações da autoridade Fiscal quanto a uma extemporaneidade do Laudo (que foi finalizado apenas quatro meses após a aquisição, e teve por data base o dia subsequente ao fechamento da transação) e à falta de alocação de preço à mais-valia de ativos e intangíveis. Essas métricas e exigências não são aplicáveis, para fins fiscais, a ágios anteriores a Lei nº 12.973/14;*

As garantias contraídas para garantia do preço de aquisição

☐ *O preço de aquisição foi pago mediante a contratação de dívida com os vendedores, tendo sido constituídas, em 28.2.2012, fianças bancárias para garantir o pagamento das Parcelas Semestrais (2.057.096-2 - ao Sr. Ricardo e 2.057.097-0 - ao Sr. Roberto), junto ao Banco Bradesco S.A. (Banco Bradesco) (fls. 700-736);*

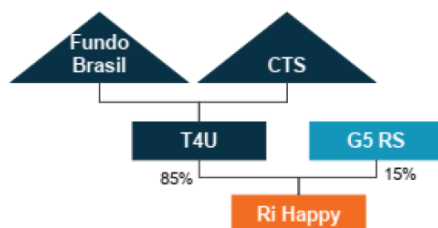
☐ *A Autoridade Fiscal tentou aduzir que a contratação das garantias teria implicado descumprimento da ICVM 391/03, emitida pela CVM. A verdade é que a RFB sequer tem competência para questionar se uma instrução normativa da CVM foi, ou não, cumprida. Portanto, todas as considerações da Autoridade Fiscal a respeito de alegados descumprimentos de normativos da CVM devem ser desconsiderados, por falta de competência institucional para a sua interpretação e aplicação;*

☐ *O que importa notar é que, de acordo com a Cláusula 2 dos Contratos de Fiança, em contrapartida à prestação da fiança, a T4U deveria pagar ao Banco Bradesco: essa cláusula revela que a existência da T4U não foi essencial apenas para a materialização do investimento na Requerente, mas também para reduzir os custos de fiança com o Banco Bradesco, pois, conforme previsto nas Cartas de Fiança, o valor da comissão seria reduzido após a incorporação da T4U pela requerente;*

☐ *Assim, já não restam quaisquer alegações ou questionamentos quanto à necessidade da T4U na estrutura e ao preço de aquisição;*

(a.2) O Fechamento da Transação:

☐ *As estruturas societárias relevantes, antes e após o fechamento da operação, podem ser representadas conforme organogramas abaixo:*

AntesDepois

Com a aquisição do investimento na Requerente, a T4U passou a ser legalmente obrigada a avaliar seu investimento na investida segundo o método da equivalência patrimonial (conforme 20 do DL nº 1.598/77, isso é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de PL da Requerente; e (ii) ágio. Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor, a T4U apurou ágio de R\$ 437.295.857,15;

O ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda entre sociedades brasileiras (T4U como adquirente; e, a Requerente, como adquirida), praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Requerente, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado (expectativa de rentabilidade futura), resultarem em valores significativamente superior ao seu patrimônio líquido à época. Nada há, portanto de artificial ou simulado no presente caso;

Não obstante, ainda havia procedimento importante a ser cumprido, tendo em vista, principalmente, o fato de que parcela relevante do preço de aquisição incorrido pela T4U foi financiada por meio de uma dívida;

(a.3) A incorporação da T4U pela requerente:

Visando cumprir os demais procedimentos necessários à transação, em 27.6.2012, foi aprovada a incorporação da T4U pela Requerente (fls. 1.956-1.969), resultando na extinção da sociedade adquirente do investimento, isso é, da T4U. Com a incorporação da T4U, a Requerente sucedeu essa sociedade em todos os seus direitos e obrigações, conforme previsto no artigo 227 Lei das S.A.;

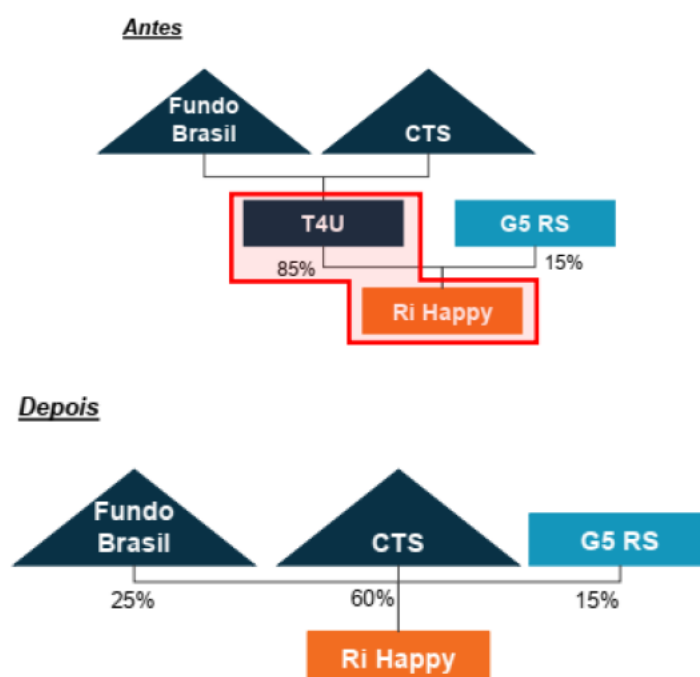
Além de (i) simplificar a estrutura societária; (ii) viabilizar o encontro da dívida com o fluxo de caixa operacional da Requerente para pagamento das Parcelas Semestrais, a incorporação teve por objetivo (iii) reduzir os encargos dos Contratos de Fiança celebrados com o Banco Bradesco - os quais estabeleciam que o percentual da comissão devida à instituição financeira seria reduzido caso fosse realizada a incorporação das sociedades;

☐ Em decorrência da incorporação, motivada por efetivos propósitos comerciais, as despesas de amortização de ágio passaram a ser deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, conforme estabelecem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

☐ A Autoridade Fiscal fez uma breve alegação no sentido de que a dívida poderia ser extinta por meio de dividendos distribuídos pela Requerente à T4U. Em primeiro lugar, essa alegação não retira a impossibilidade de os fundos tomarem a dívida. Ou seja, a T4U ainda precisaria existir para que a dívida pudesse ser tomada. Além disso, a possibilidade de capacidade de distribuição de dividendos pode ser impactada por diversos fatores, sendo meramente retórico o argumento da Autoridade Fiscal - pois não se sabe se a Requerente teria dividendos a distribuir à T4U;

☐ Além disso, o confronto de receitas de despesas é da própria natureza de aquisições alavancadas, conforme doutrina que cita;

☐ Após a incorporação da T4U pela Requerente, a estrutura societária relevante passou a ser a seguinte:



(a.4) As despesas de juros incorridas na aquisição alavancada:

☐ Sua aquisição pela T4U foi realizada pela modalidade de aquisição alavancada, na qual parte relevante do preço é financiada mediante contratação de dívida com os Vendedores do investimento;

☐ Na condição de credores, os Vendedores foram remunerados por meio de juros. Os juros são inquestionáveis remunerações de credores pelos recursos financeiros emprestados. Na perspectiva da fonte pagadora, por sua vez, os juros pagos são tratados como despesas dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSL;

☒ A legislação tributária, inclusive, contém previsão expressa no sentido de que as despesas de juros incorridas por sociedades holdings (i.e., sociedades que têm por objeto deter participação societária em outras sociedades) poderão diferir a dedução das despesas de juros para o momento em que ocorrer uma eventual alienação ou liquidação de investimentos adquiridos (nos termos do artigo 31 da Lei nº 11.727/08).

☒ Além disso, na perspectiva do credor, os juros estão sujeitos ao IRF, de forma que o rendimento não está livre de tributação;

☒ Quanto às alegações da Autoridade Fiscal, cabe salientar que:

o reconhece, expressamente, que a aquisição da Requerente pela T4U foi realizada por meio de uma aquisição alavancada;

o engana-se ao considerar que as aquisições alavancadas têm o objetivo de reduzir a carga tributária da investida, a aquisição alavancada é uma modalidade de aquisição de investimento e existe toda uma negociação com os vendedores (que apenas receberão o Preço ao longo do tempo que não guarda nenhuma relação com quaisquer aspectos tributários decorrentes);

o as despesas são não apenas necessárias, mas essenciais para que o investimento tenha ocorrido, já que a dívida é intrínseca à operação de aquisição alavancada;

o a Requerente, na condição de incorporadora, sucedeu todos os direitos e deveres da T4U, nos termos do artigo 227 da Lei das S.A. (a incorporação da operação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações). Ora, o fato de a Requerente ter incorporado a T4U não altera em nada a natureza da remuneração paga aos acionistas (juros), mantendo-se o tratamento tributário previsto para esse tipo de rendimento. Caso contrário, a Autoridade Fiscal deveria também desconsiderar que os valores recebidos pelos Vendedores eram rendimentos sujeitos ao IRF;

(B) Aquisição de participação societária na Requerente pela T4U I:

☒ A T4U I, por meio da subscrição primária de 50.018.942 ações da Requerente (fls. 1.940-1.945), adquiriu participação societária correspondente a 27% de seu capital social;

☒ As ações foram adquiridas pelo montante de R\$ 135.700.000,00, valor superior ao correspondente do patrimônio líquido e efetivamente desembolsado em caixa pela T4U I, o que levou ao reconhecimento de ágio de R\$ 95.423.252,92, conforme se demonstra:

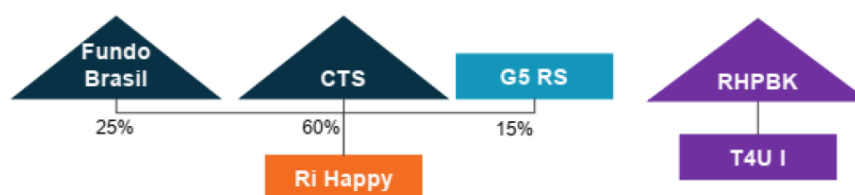
(A) Total investido	135.700.000,00
(B) PL da Requerente na data de aquisição	148.677.545,53
(C) Participação adquirida pela T4U I	27,09%
(D = B - C) 27,09% do valor do PL da Requerente	40.276.747,08
(A - D) Ágio da Aquisição	95.423.252,92

☑ O valor pago pela aquisição da participação societária também foi devidamente suportado por Relatório de Avaliação EconômicoFinanceira elaborado pela Deloitte (fls. 2.224-2.262);

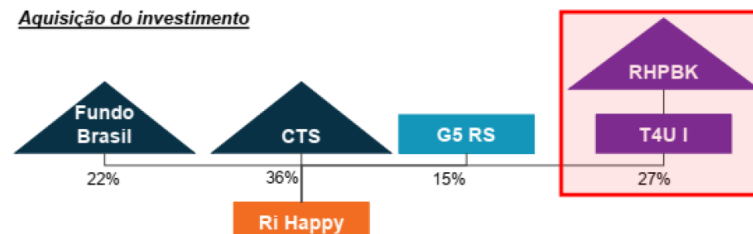
☑ No momento da aquisição, a T4U I era detida pelo fundo RHPBK Coinvestimento - Fundo de Investimento em Participações (RHPBK) e, em 28.11.2013, mais de um ano após a aquisição, a T4U I foi incorporada pela Requerente e as despesas de amortização do ágio passaram a ser amortizadas das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, conforme permitido pela legislação fiscal;

☑ As estruturas societárias relevantes, antes e depois da conclusão da aquisição do investimento pela T4U I, podem ser descritas da seguinte maneira:

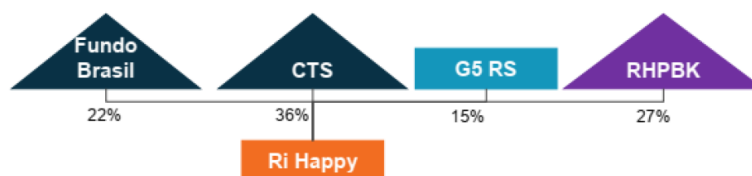
Estrutura inicial



Aquisição do investimento



Incorporação



(C) Aquisição de participação societária na Requerente pela T4U II:

☑ Com as aquisições realizadas pela T4U e T4U I, os acionistas originais da Requerente (o Sr. Roberto e o Sr. Ricardo) passaram a deter 15% das ações da Requerente, por meio do fundo G5 RS;

Esses 15% foram adquiridos pela T4U II, por meio do Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, celebrado entre o G5 RS e a T4U II, em 8.10.2013 (fls. 304-344) (Contrato T4U II);

Nos termos do Contrato T4U II, o preço pago pelas ações seria de R\$ 100.000.000,00 (Cláusula 1.2.), a ser corrigida pelo CDI a partir de 15.8.2013 até seu efetivo pagamento. Na data do pagamento, o valor corrigido correspondeu a R\$ 104.247.268,37 (comprovante de pagamento às fl. 213-214);

O valor do ágio foi de R\$ 66.881.151,94, conforme se demonstra:

(A) Total investido	104.247.268,37
(B) PL da Requerente na data de aquisição	249.107.442,89
(C) Participação adquirida pela T4U II	15%
(D = B - C) 15% do valor do PL da Requerente	37.366.1163,43
(A - D) Ágio da Aquisição	66.881.151,94

O valor pago pela aquisição da participação societária também foi devidamente suportado por Relatório de Avaliação Econômico-Financeira elaborado pela Deloitte (fls. 148-188);

No momento da aquisição, a T4U II era detida pelo fundo RHPBK Coinvestimento - Fundo de Investimento em Participações II (RHPBK II) e pelo CTS Fundo de Investimento em Participações II (CTS). E, em 28.2.2015, mais de um ano após a aquisição, a T4U II foi incorporada pela Requerente e as despesas de amortização do ágio passaram a ser amortizadas das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, conforme permitido pela legislação fiscal;

As estruturas societárias relevantes, antes e depois da conclusão da aquisição do investimento pela T4U II, podem ser descritas da seguinte maneira:



IV – O Direito:**(A) As despesas relacionadas à aquisição da Requerente pela T4U: Ágio e Juros em aquisições alavancadas**

☐ A Autoridade Fiscal apresentou quatro alegações principais em relação às despesas incorridas por conta da aquisição da T4U, são elas: (i) a T4U seria uma empresa-veículo; (ii) a T4U teria sido constituída para contornar restrições previstas na ICVM nº 391/03; (iii) o valor do ágio estaria inflado (pois haveria componentes do preço que não poderiam ser considerados como custo de aquisição, bem como pelo fato de o goodwill ser um valor apenas residual do preço de aquisição; e (iv) as despesas de juros não seriam necessárias à Requerente;

☐ Relacionam-se a seguir argumentos de Direito que demonstram a dedutibilidade das despesas de ágio e das despesas de juros;

(a.1) A T4U possuía reais razões comerciais e econômicas no contexto da aquisição alavancada e não pode ser considerada uma “empresa veículo”:

☐ A T4U não é uma empresa veículo, pois revestida de razões econômicas e comerciais no âmbito da aquisição de participação societária na Requerente, fato este já constatado pelo E. CARF no âmbito de processo administrativo referente à glosa de despesas do ágio em anos-anteriores;

☐ A T4U era uma sociedade holding, constituída de acordo com o artigo 2º, § 3º da Lei das S.A, devendo, portanto, realizar atividades voltadas à aquisição de participação societária em outras entidades, não havendo como desconsiderá-la única e exclusivamente em relação a um ato (a aquisição de participação societária) e apenas sob perspectiva tributária;

☐ São também igualmente irrelevantes ao deslinde do caso quem realizava os pagamentos aos Administradores - os executivos prestavam serviços também para outras sociedades e é plenamente usual e normal que haja arranjos de pagamento;

☐ Quanto à alegação de que o real investimento seria o Grupo Carlyle, cumpre salientar que o Grupo Carlyle é o gestor dos fundos de investimento que possuem participação societária na Requerente e não uma sociedade que detém a participação societária nos fundos de investimentos que detinham a T4U;

☐ A aquisição da Requerente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada, pela qual parte do preço correspondente à aquisição da participação societária foi paga mediante dívida contraída com os vendedores. A dívida correspondeu ao financiamento de uma parcela relevante do preço de aquisição (correspondente às 10 parcelas semestrais, de valores históricos que totalizavam R\$ 220.000.000,00. Seria absolutamente impossível realizar a aquisição alavancada da Requerente se a T4U não tivesse contraído a dívida e constituído as garantias. Além disso, com a incorporação, as garantias foram reduzidas. Como a

dívida encontraria o fluxo de caixa da Requerente se a T4U não existisse? Como as garantias teriam sido constituídas se a T4U não existisse? Como considerar que a T4U é capaz de contrair obrigações perante as Autoridades Fiscais, apresentando suas obrigações acessórias em dia e depois desconsidera-la para fins tributários? Como a dívida poderia encontrar a receita sem a incorporação? Como negar a existência dos efeitos jurídicos com terceiros decorrentes da incorporação?;

(a.2) Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária (art. 2º, § 3º da Lei das S.A., artigo 116 do CTN, artigo 981 do Código Civil e artigo 31 da Lei nº 11.727, de 23/07/2008):

☒ Ainda que a T4U não tivesse toda a substância econômica e negocial já demonstrada, mesmo assim os Autos de Infração não poderiam subsistir, pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais). A legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2º, § 3º da Lei das S.A. Ainda nesse sentido, é importante ressaltar que o Código Civil retira qualquer dúvida quanto à irrelevância da discussão referente à empresa-veículo. Isso porque, de acordo com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil, a atividade de uma sociedade pode restringir-se à realização de um negócio jurídico determinado;

(a.3) Decadência do direito de questionar a constituição e atuação da T4U (código 45 do Código Civil):

☒ Conforme prevê o artigo 45, parágrafo único do Código Civil, o prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas decaiu em 3 anos, razão pela qual já decaiu (em 18.8.2014) o direito de as Autoridades Fiscais contestarem a constituição da T4U;

(a.4) Efetiva absorção do patrimônio da sociedade investidora (T4U) e sociedade investida (Requerente) (artigo 109 do CTN, artigo 116 da Lei das S.A. e artigo 7º da Lei nº 9.532/97):

☒ A condição de adquirente da T4U se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: (1) as ações detidas pelo Sr. Ricardo e Sr. Roberto foram transferidas à T4U; (2) a T4U figurava no quadro acionário da Requerente como proprietária da participação societária; e (3) a T4U era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Requerente e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.;

☒ Portanto, não existe nenhuma margem para questionar as seguintes afirmações: (i) a adquirente da participação societária é a T4U para todos os fins de Direito; (ii) não existe nenhuma ação dolosa, fraudulenta, simulação ou realizada com abuso de direito que desloque a condição de adquirente para uma outra pessoa; (iii) o

ágio amparado em transações com terceiros não relacionados foi pago e reconhecido de acordo com a melhor técnica contábil;

☒ Houve, quando da incorporação da T4U pela Requerente, a perfeita subsunção do fato à norma prevista no artigo 7º da Lei nº 9.532/97;

(a5) Impossibilidade de Invalidação de atos e contratos cuja produção de efeitos já tenha sido plenamente constituída (artigo 24 da LINDB, artigo 146 e artigo 100 do CTN):

☒ Quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado, deverão ser levadas em conta as orientações gerais da época, sendo vedada a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de "orientação geral". Consideram-se orientações gerais, por sua vez, as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Em pesquisa ao acervo de acórdãos do E. CARF, constam 19 acórdãos em consulta com os termos ágio e veículo entre 1.1.1997 e 31.12.2012. Desses 19 acórdãos, 10 acórdãos analisaram a possibilidade de dedução de despesas de ágio em estruturas que envolvessem a utilização de veículos. Desses 10 acórdãos, 8 são favoráveis ao contribuinte, o que demonstra que a jurisprudência majoritária à época dos fatos legitima a prática do contribuinte;

(a.6) Recentes precedentes favoráveis ao contribuinte em casos de alegação de veículo:

☒ Há diversos precedentes recentes no E. CARF no sentido de que a utilização de uma sociedade puramente holding não é suficiente para justificar sua desconsideração para fins do aproveitamento do benefício previsto na Lei nº 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis;

(a.7) Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (art. 20, § 3º do DL nº 1.598/77, artigo 5º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1º da LINDB, artigo 119 da Lei nº 12.973/14 e artigo 146 do CTN):

☒ A alegação de que o Laudo de Avaliação que fundamenta ágio não poderia ser considerado, pois: (1) a legislação aplicável não estabelece nenhum prazo para que a demonstração que fundamenta os lançamentos do ágio seja elaborada; (2) o Laudo de Avaliação teve por data-base o dia subsequente ao fechamento da transação (29/02/2012); (3) a legislação posteriormente editada (Lei nº 12.973/14) considerou razoável o prazo de 13 meses para a elaboração da demonstração; (4) a Autoridade Tributária não pode simplesmente questionar o Laudo de Avaliação de modo genérico, devendo apresentar de modo objetivo qual a suposta irregularidade que o invalidaria; e (5) trata-se de operação

realizada por partes independentes, de modo que o preço avençado é notoriamente comutativo;

(a.8) Impossibilidade de retroatividade do Método de Mensuração estabelecido pela Lei nº 12.973/14 (artigo 30, § 3º do DL nº 1.598/77, artigo 5º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1º, da LINDB, artigo 119 da Lei nº 12.973/14 e artigo 146 do CTN):

☒ Considerando que a aquisição da Requerente foi realizada antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, a T4U não tinha que alinhar a justificativa para pagamento do ágio com os critérios contábeis para a elaboração do PPA;

(a.9) Tributação dos Ganhos da Capitais dos Vendedores (artigo 21 da Lei nº 8.981/95 e artigo 26 da Lei nº 10.833/03):

☒ O Sr. Ricardo e o Sr. Roberto sujeitaram seus ganhos ao IR, de acordo com as disposições contidas no artigo 21 da Lei nº 8.981/95. É certo que: (i) se na perspectiva do alienante do investimento ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, (ii) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se tratam de dois lados de uma mesma moeda: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente;

(a.10) Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7º e artigo 8º da Lei nº 9532/97):

☒ Todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Requerente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei nº 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo desta Impugnação;

(a.11) As despesas de juros são necessárias, usuais e normais em aquisições alavancadas (artigo 47 da Lei nº 4.506/64 e artigo 31 da Lei nº 11.727/08):

☒ É inerente às aquisições alavancadas a tomada de dívida e, conseqüentemente, o pagamento de juros a ela atrelados. No contexto fático deste processo administrativo, não há como alegar que os juros não são necessários, usuais e normais. Simplesmente não se trataria de aquisição alavancada se não houvesse dívida. O artigo 17, parágrafo único do DL nº 1.598/77, reproduzido no artigo 374 do Decreto nº RIR/99, estabelece que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte serão dedutíveis como custo ou despesa operacional. As despesas financeiras em questão foram incorridas pela Requerente por simples decorrência da incorporação da T4U. Dessa forma, essas despesas financeiras devem manter a mesma natureza jurídica que apresentavam antes da incorporação societária. Se tais despesas eram consideradas como despesas necessárias (e dedutíveis) à T4U, não há dúvidas de que o requisito da necessidade continua inerente a esses dispêndios, ainda que incorridas pela sociedade incorporadora (o art. 1.116 o

Código Civil, ao conceituar a operação de incorporação, é expresso e mandatário ao estabelecer que a empresa que absorveu a outra, em sua incorporação societária, lhe sucede em todos os direitos e obrigações);

☐ Destaca, ainda, que a única forma que a Autoridade Fiscal teria para questionar os juros seria analisando as regras de subcapitalização, regras de preço de transferência ou DDL. Por se tratar de pessoas jurídicas brasileiras, não cabem a aplicação das regras de subcapitalização e preço de transferência. Quando à DDL, além de a Autoridade Fiscal não ter apresentado nenhum questionamento nesse sentido, no máximo poderia ser glosado o excesso de juros, e não sua integralidade.

☐ Além disso, os juros pagos aos vendedores foram devidamente sujeitos à incidência do IRF. Se a Autoridade Fiscal entende que os juros devem ser desconsiderados como despesas financeiras (o que se admite apenas para argumentar), deve ser coerente e também desconsiderá-los como receita financeira;

(B) As despesas relacionadas à aquisição da Requerente pela T4U I:

☐ Em relação à T4U I, a Autoridade Fiscal alegou que: (i) a T4U I seria uma empresa-veículo; (ii) o ágio teria sido inflado, por não ter sido excluído o valor da mais-valia de ativos e intangíveis; e (iii) o ágio seria interno;

☐ A alegação de que o ágio teria sido inflado já foi superado nesse processo administrativo, já que restou demonstrado que, para fins fiscais, na época dos fatos, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Além disso, não existia nenhuma formalidade aplicável na legislação que determinasse um período para a formalização para que o estudo que embasava o ágio fosse elaborado. Essas exigências apenas passaram a existir com a edição da Lei nº 12.973/14;

☐ Em relação às duas outras alegações (a de que a T4U I seria uma empresa-veículo e que o ágio seria interno) há quatro argumentos principais que demonstram o descabimento das alegações, como se demonstrará a seguir;

(b.1) A T4U não era uma empresa-veículo e a discussão quanto à (in)existência de “empresa-veículo” é, na verdade, descabimento e irrelevância:

☐ O ordenamento jurídico brasileiro não contempla a figura da sociedade-veículo, sendo que as razões para a desconsideração da personalidade jurídica são aquelas contidas no artigo 50 do Código Civil, i.e., “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”. No caso em tela, a Autoridade Fiscal não arguiu a ocorrência de nenhuma dessas hipóteses, justamente por sua inexistência. A T4U I, enquanto sociedade holding, agiu devidamente no limite de seu objetivo social, não havendo de se falar em desvio de finalidade. Qualquer outro entendimento, levaria à aplicação de entendimento sem embasamento legal, o que não pode ser admitido. Some-se a isso o fato de o E. CARF ter se manifestado em reiteradas e recentes oportunidades, no sentido de que não caracteriza nenhum tipo de ilícito

a utilização de empresa veículo. Assim, mesmo que a T4U I fosse considerada uma mera sociedade holding, essa característica não teria o condão de invalidar a estrutura ora examinada e seus efeitos fiscais. Além disso, com base nas disposições contidas na Lei das S.A. (artigo 2º, § 3º) e Código Civil (artigo 981), não resta nenhuma dúvida de que é totalmente permitido pelo ordenamento jurídico brasileira que se constitua uma pessoa jurídica com o único objetivo de adquirir participação societária. Inclusive, está expressamente estabelecido na legislação societária que é legítimo constituir uma pessoa jurídica para se beneficiar de incentivos fiscais;

(b.2) Irrelevância da discussão quanto ao “Ágio Interno”:

☐ Ainda que houvesse controle comum, o ágio reconhecido pelo T4U I é legítimo para fins fiscais, tendo em vista que somente a partir da publicação da MP nº 627/13 e da Lei nº 12.973/14, que entraram em vigor para operações realizadas a partir de 1.1.2015, é que passou a ser vedado o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas. A tentativa da Autoridade Fiscal de aplicar essa limitação para o caso em exame corresponde a uma tentativa clara de aplicação retroativa da MP nº 627/13 e da Lei nº 12.973/14, o que não pode ser admitido;

(b.3) Inexistência de “Ágio Interno”:

☐ Houve rigorosa avaliação do valor justo do investimento na Requerente, em condições arm's length, tendo em vista a participação de um terceiro inquestionavelmente independente da RHPBK/Fundo Brasil neste aporte de capital, a saber, a G5 RS. Ademais, o gestor do fundo não possui participação nos fundos de investimento, sendo totalmente incoerente alegar-se que a T4U I e o Fundo Brasil estariam sob controle comum quando do aporte de capital realizado na Requerente. E, ainda que assim não o fosse, a alegação de que não seria possível aferir o preço justo da aquisição não se sustenta, pois o valor atribuído às ações adquiridas pela T4U I foi devidamente apurado por Laudo de Avaliação elaborado por sociedade especializada e independente, de modo que foi respeitada a comutatividade da operação;

(b.4) Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7º e artigo 8º da Lei nº 9.532/97:

☐ Todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Requerente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei nº 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos;

(C) As despesas relacionadas à aquisição da Requerente pela T4U II: Ágio

☐ Em relação à T4U II, a Autoridade Fiscal alegou que: (i) a T4U I seria uma empresa-veículo; (ii) o ágio teria sido inflado, por não ter sido excluído o valor da mais-valia de ativos e intangíveis;

☐ A alegação de que o ágio teria sido inflado já foi superado nesse processo administrativo, já que restou demonstrado que, para fins fiscais, na época dos fatos, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Além disso, não existia nenhuma formalidade aplicável na legislação que determinasse um período para a formalização para que o estudo que embasava o ágio fosse elaborado. Essas exigências apenas passaram a existir com a edição da Lei nº 12.973/14. Ademais, já foi fartamente demonstrado que sociedades holding não podem ser automaticamente consideradas como empresas-veículos, sendo certo que, no caso aqui tratado, ocorreu uma efetiva aquisição com pagamento de preço a partes não relacionadas;

V – As Nulidades:

☐ Caso não se entenda que as considerações ensejam o cancelamento integral dos Autos de Infração, o que se admite apenas para fins argumentativos, é certo que ainda assim a exigência deverá ser cancelada, por conta de três nulidades inconvalidáveis verificadas no lançamento:

(i) Fundamentação fática / Erro na descrição dos fatos: afronta ao artigo 142 do CTN, artigo 2º e artigo 50, § 1º da Lei nº 9.784/99 e artigo 10, inciso III do Decreto nº 70.235/72

☐ O TVF não considerou as reais circunstâncias envolvidas em uma aquisição alavancada e as reais atribuições cabíveis a um gestor de fundo de investimento. Os Autos de Infração não enfrentaram, devidamente, o papel da T4U no contexto preciso e verdadeiro de uma aquisição alavancada. Tampouco foi considerado o real papel de um gestor de fundo de investimento - a Autoridade Fiscal alega que a aquisição teria sido realizada pelo Grupo Carlyle, o que demonstra um desconhecimento do mercado;

(ii) Fundamentação Legal / Ausência de capitulação legal objetiva e precisa: afronta ao artigo 5º, inciso II e artigo 150, inciso I da Constituição Federal, artigo 3º e artigo 142 do CTN, artigo 2º e artigo 50, § 1º da Lei nº 9.784/99 e artigo 10, inciso IV do Decreto nº 70.235/72

☐ Além de indicar fatos incorretos, a Autoridade Fiscal não capitulou os dispositivos legais que teriam sido infringidos, limitando-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos, não restando demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Autoridade Fiscal copie trechos de dispositivos legais - é necessário que seja demonstrado qual o fato concreto contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita;

(iii) Ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada:

☐ Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para argumentar), ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela

tentativa da Administração Pública de ingerir na liberdade da esfera privada. Como analisado nessa Impugnação, a aquisição da Requerente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada. Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Autoridade Fiscal questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma! Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida), não compete à Administração Pública fazer juízo de valores em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Administração Pública de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado (i.e., aquisição alavancada).

VI – O Descabimento da Multa Qualificada:

(A) A Colocação da questão

- ☐ Ainda que admitida a exigência do principal nesta autuação, sob nenhuma hipótese poderia ter sido aplicada a multa qualificada de 150% à Requerente;
- ☐ A Autoridade Fiscal alegou, de modo totalmente genérico, que as operações teriam sido simuladas;
- ☐ É importante deixar muito claro que a Requerente jamais omitiu qualquer informação das Autoridades Fiscais;
- ☐ É informação pública que o investimento realizado pela T4U, T4U I e T4U II são geridos por sociedades integrantes do Grupo Carlyle. Tanto o é que a própria Autoridade Fiscal obteve essas informações. O que parece não ter sido compreendido pela Autoridade Fiscal é que o Grupo Carlyle não é o controlado, direto ou indireto, da Requerente;
- ☐ O Grupo Carlyle meramente coleta recursos de investidores em geral e os aplica na aquisição, dentre outros, de investimentos em participações societárias. A Carlyle é, portanto, uma mera gestora desses recursos de terceiros;
- ☐ Ainda que a Requerente tivesse supostamente omitido informações, poderia ficar caracterizado, quando muito, embaraço à fiscalização, o que em momento algum ou suscitado pela Autoridade Fiscal;

(B) A incorrência de sonegação, fraude ou conluio

- ☐ Para que se possa cogitar a possível aplicação da multa de ofício em percentual qualificado, o artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07, exige que o contribuinte tenha incorrido em uma das

hipóteses descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, isso é, nos casos de sonegação, fraude ou conluio;

☒ Ora, no caso analisado, não se verifica a ocorrência de fraude tributária, tampouco abuso de direito ou simulação. Em nenhum momento pretendeu-se realizar atos societários para driblar as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos;

☒ No presente caso, fica claro que não existe qualquer espaço para a aplicação de multa qualificada. As operações praticadas pela T4U, T4U I e T4U II na aquisição das participações societárias ações da Requerente foram reais, devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas. Mais que tudo, tais operações tiveram razões empresariais e não tributárias legítimas para ocorrer;

☒ Portanto, ainda que existisse algum equívoco contábil, não há que se falar em nenhuma infração à legislação tributária, muito menos uma infração dolosa à legislação tributária;

☒ O antigo Conselho de Contribuintes chegou a editar a Súmula nº 14, no sentido de que a multa qualificada de 150% somente pode ser aplicada em caso de evidente intuito de fraude;

☒ Tem-se, no máximo, uma divergência no entendimento da legislação entre a Requerente e a Autoridade Fiscal, o que não pode, em nenhuma hipótese, gerar a aplicação de uma multa qualificada;

☒ Adicionalmente, a Requerente esclarece que há diversos julgamentos favoráveis à dedução de valores registrados em relação ágio interno (o que não é o caso ora tratado), o E. CARF também afastou a aplicação da multa qualificada de 150%;

☒ Na realidade, no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela Fiscalização e pela Requerente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela Fiscalização deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, I e II do CTN;

(C) Erro de proibição e Dúvida relevante

☒ As operações atuadas no presente processo administrativo estão sendo reconhecidas pela atual jurisprudência administrativa. Assim, não se pode arguir simulação, fraude ou dolo. Quando muito, poder-se-ia falar em erro de proibição;

☒ Se as operações em exame, na forma como estruturadas, eram (e continuam a ser) acolhidas pela jurisprudência, fica patente que a Requerente agiu de boa-fé, sendo incabível a aplicação de penalidades, nos termos do Artigo 76, II, alínea a da Lei 4.502/64;

(D) O princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN

☒ Por fim, importa notar que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal;

☒ No mesmo sentido, o Artigo 142 do CTN dispõe que no ato do lançamento, a Autoridade Administrativa, sendo o caso, poderá propor a aplicação da penalidade cabível;

☒ O E. STF, por unanimidade de votos, confirmou a redução do percentual de multa originalmente fixada em 60% do valor principal em discussão para 30%, corroborando a aplicação da teoria da proporcionalidade ao caso concreto;

☒ Por todas as razões acima expostas, resta demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150% à Requerente no presente caso, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento;

VII – CSL:

☒ Pela análise dos Autos de Infração, percebe-se que a Autoridade Fiscal também pretende exigir da Requerente débitos de CSL, acrescidos de multas (qualificada de 150% e agravada de 225%) e de juros calculados com base na taxa SELIC, tendo em vista que as supostas irregularidades cometidas na apuração do IRPJ também teriam sido incorridas na composição da base de cálculo dessa contribuição;

☒ Diante disso, considerando as informações trazidas pela Autoridade Fiscal, que ensejaram a instauração de um único processo administrativo para a cobrança dos pretensos débitos de IRPJ e CSL, cumpre destacar que à CSL são aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, observada a legislação específica quanto à alíquota e base de cálculo (artigo 57 da Lei nº 8.981, de 20.1.1995 e artigo 28 da Lei nº 9.430/1996);

☒ Assim sendo, são válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente, também para efeitos de apuração da CSL. Dessa forma, tendo-se demonstrado na presente Impugnação a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSL;

VIII – Dos Responsáveis Solidários:

☒ Sem prejuízo de Impugnações a serem apresentadas pelos sujeitos indicados como responsáveis solidários, a Requerente requer o cancelamento dos Termos de Sujeição Passiva lavrados pela Autoridade Fiscal contra o Sr. Hector Nuñez e Sr. Juan Carlos Felix Estupinan pela inexistência de qualquer conduta que possa ser interpretada como conluio ou fraude e pelas seguintes razões: A incompetência da Autoridade Fiscal para a lavratura do Termo de Sujeição Passiva; Inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade (utilização de mera presunção para imputar responsabilidade solidária); Erro no valor imputado; Inaplicabilidade do artigo 124, inciso I do CTN;

Inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN; e A improcedência dos Autos de Infração;

IX – As Conclusões e o Pedido:

☐ (...)

☐ A Requerente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência dos Autos de Infração. Assim sendo, a Requerente pleiteia o acolhimento

integral da presente Impugnação e o imediato cancelamento dos Autos de Infração (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo, devendo-se recompor eventuais prejuízos fiscais e bases negativas da CSL compensados;

☐ A Requerente protesta pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea a do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

Cientificado em 24/12/2019 (fl. 4092), apresentou o responsável solidário Hector Nuñez, em 24/01/2020 (fl. 4319), a impugnação de fl. 4319/4354, juntamente com os documentos de fl. 4355/4401; e cientificado em 26/12/2019 (fl. 4095), apresentou o responsável solidário Juan Carlos Felix Estupinan, em 27/01/2020 (fl. 4404) a impugnação de fl. 4404/4440, juntamente com os documentos de fl. 4441/4446.

Nas impugnações, alegam, em síntese, que:

(...)

III – Do Termo de Sujeição Passiva e Autos de Infração:

☐ Os Autos de Infração pretendem a exigência de IRPJ e CSL sobre glosas de despesas de amortização de ágio e juros, incorridas pela Ri Happy nos anos-calendário de 2015 e 2016. Aos valores apurados a título de IRPJ e CSL, foram acrescidos juros calculados pela taxa SELIC, multa agravada de 150%. As despesas questionadas pela Autoridade Fiscal estão relacionadas a aquisições de participação societária na Requerente realizadas pela T4U, T4U I e T4U II;

☐ A Autoridade Fiscal alegou que o Requerente seria responsável pelos créditos tributários com base no artigo 124, inciso I e artigo 135, inciso III do CTN;

☐ A aplicação desses dispositivos, no entender da Autoridade Fiscal, decorria, no caso do Sr. Hector, do fato de o Requerente (i) ter constado como representante da Ri Happy na ata de incorporação da T4U; e (ii) ter constado como representante da T4U, T4U I e T4U II em DIPJs e atas de AGEs (no caso da T4U II) e, no caso do Sr. Juan Carlos, do fato de o Requerente ter sido Diretor Presidente da T4U e participado do Conselho de Administração da Ri Happy;

☒ Como se verá, as alegações apresentadas pela Autoridade Fiscal e não podem subsistir. Não há (i) nenhum interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária (de forma que o artigo 124, inciso I é inaplicável), tampouco há (ii) qualquer ação ou omissão do Requerente que justifique a tentativa de sua responsabilização pelos créditos tributários (de forma que o artigo 135, inciso III é inaplicável);

☒ Inicialmente, destaca-se que há três nulidades que impõem o imediato cancelamento do Termo de Sujeição Passiva;

IV – Nulidades do Termo de Sujeição Passiva:

(A) Primeira nulidade: A incompetência da Autoridade Fiscal para a lavratura do Termo de Sujeição Passiva

☒ A Autoridade Fiscal indicou o artigo 135, inciso III do CTN como embasamento para a responsabilização dos sujeitos indicados como responsáveis solidários pelo crédito tributário;

☒ Esse dispositivo refere-se tão somente ao deslocamento da situação de devedor para um terceiro, não se tratando, portanto, da definição do sujeito passivo;

☒ Desse modo, apenas se poderia pretender atribuir responsabilidade aos dos sujeitos indicados como responsáveis solidários pelo débito lançado contra a Ri Happy em sede de execução fiscal, cuja competência é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, o que leva à nulidade da lavratura do Termo de Sujeição Passiva, conforme artigo 59, inciso I, do Decreto nº 70.235/72;

(B) Segunda nulidade: Inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade (utilização de mera presunção para imputar responsabilidade solidária)

☒ Pela leitura do TVF, verifica-se que não houve nenhuma especificação quanto às supostas ações ou omissões que ensejariam a responsabilidade, tendo a Autoridade Fiscal simplesmente informado os cargos desempenhados pelos sujeitos indicados como responsáveis solidários;

☒ Não há, no TVF, nenhum elemento, prova ou indício direto ou indireto que possa justificar a atribuição de vínculo de responsabilidade solidária;

☒ Conclui-se, portanto, que a Autoridade Fiscal imputou responsabilidade solidária com base na simples presunção;

☒ A presunção criada pela Autoridade Tributária Fiscal afronta diretamente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal, bem como pelo artigo 59 do Decreto 70.235/72 e pelo artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que rege de forma subsidiária o procedimento administrativo em âmbito federal, afrontando também a jurisprudência consolidada sobre o tema;

(C) Terceira nulidade: Erro no valor imputado

☐ A Autoridade Fiscal deveria ter analisado as ações ou omissões que supostamente teriam ensejado a responsabilidade solidária (o que não fez) e imputado a eles apenas o valor que supostamente lhes caberia;

☐ A determinação equivocada do quantum debeat acarreia a nulidade do Termo de Sujeição Passiva, uma vez que tal grandeza é a essência do lançamento de ofício, conforme previsão do artigo 10, inciso V, do Decreto nº 70.235/72;

(D) Conclusões quanto às nulidades

☐ Não há outra conclusão, portanto, que não seja a de que a imputação de responsabilidade ao requerente padece de vícios que implicam na necessidade de cancelamento integral do Termo de Sujeição Passiva. Mas, caso não se entenda pela exigência de vícios inconvalidáveis, o que se admite apenas para fins de argumentação, o Termo de Sujeição Passiva deverá ser igualmente cancelado, pelas razões de mérito a seguir aduzidas:

V – Do Direito:

☐ A Autoridade Fiscal imputou responsabilidade solidária ao Requerente com base na aplicação do artigo 124, inciso I e artigo 135, inciso III do CTN. Como será demonstrado abaixo, os dispositivos são inaplicáveis ao caso analisado;

☐ Conforme será demonstrado a seguir pelo Recorrente, o Termo de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Tributária deverá ser imediata e integralmente cancelado por este E. CARF, por três razões principais de Direito:

(A) Primeira razão: Inaplicabilidade do artigo 124, inciso I do CTN

☐ O artigo 124, inciso I do CTN, trata da responsabilidade solidária decorrente da existência de interesse comum na situação a partir da qual tenham decorrido os fatos geradores tributários. A regra contida no artigo 124, inciso I do CTN foi aplicada de forma equivocada neste caso;

☐ O que o dispositivo está enunciando é: se uma situação, ensejadora de um fato gerador tributário, contar com o interesse comum de mais de uma pessoa, todas elas serão responsáveis pelo crédito tributário correspondente;

☐ Note-se que, em nenhum momento, a norma estabelece que as pessoas que realizam conjuntamente uma relação jurídica privada são responsáveis pelos fatos geradores dela decorrentes. O que a norma estabeleceu foi: se uma situação tiver mais de uma pessoa com interesse jurídico, todas elas são responsáveis pelo tributo que decorre de determinado fato gerador;

☐ Ou seja, artigo 124, inciso I, não pode ser utilizado para imputar responsabilidade de um terceiro, mas apenas para graduar a responsabilidade de pessoas que sejam coobrigadas ao pagamento do tributo;

☐ Cabe também ressaltar que não apenas a doutrina, como também a jurisprudência, entendem que a relação de "interesse comum" somente ocorre

em hipóteses nas quais ambas as partes envolvidas no negócio - contribuinte e responsável tributário — estejam no mesmo pólo da relação jurídica;

☒ Note-se, portanto, que é descabida a pretensão da Autoridade Fiscal de imputar a existência de um suposto "interesse comum" entre o Requerente e a Ri Happy, já que é necessário demonstrar que a situação que deu causa ao fato gerador possui interesse jurídico comum entre os solidários — i.e., que ambos estavam no mesmo pólo da relação jurídica. No caso, a dedução de despesas de ágio e juros pela Ri Happy é fator totalmente alheio à esfera jurídica do Requerente;

☒ Isso porque, o Requerente atuou como mero Diretor da Ri Happy, de modo que as despesas deduzidas pela Ri Happy de suas bases de cálculo, sob nenhuma perspectiva, podem implicar em vantagem financeira;

☒ Seguindo o real alcance do artigo 124, inciso I do CTN, este E. CARF já se manifestou, em diversas oportunidades, pela necessidade de demonstração do interesse jurídico comum da pessoa indicada como solidária - i.e., de que as pessoas estavam no mesmo pólo jurídico da relação jurídica;

☒ A Recorrente ressalta, também, que o E. STJ também já pacificou o entendimento de que o artigo 124, inciso I do CTN não se aplica às situações como aquelas tratadas nestes autos, por não tratar de norma atribuidora de responsabilidade, conforme acórdãos que cita;

☒ O artigo 124, inciso I do CTN é, portanto, inaplicável ao caso;

(B) Segunda razão: Inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN

☒ Esse dispositivo, em verdade, retrata modalidade de responsabilização direta e exclusiva, estabelecendo a responsabilidade pessoal dos sócios ou dos diretores, representantes legais e gerentes de determinada pessoa jurídica que tenham agido com excesso de poderes ou infração de lei. Portanto, sequer está-se diante de hipótese de responsabilidade solidária, o que deve levar ao inquestionável reconhecimento de inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN;

☒ Mas, ainda que se entenda que o artigo 135, inciso III do CTN é aplicável ao caso, o que se admite apenas para fins de argumentação, é imprescindível que se tenha em mente que a responsabilidade apenas poderia ser estabelecida em relação aos atos que fossem praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos;

☒ No presente caso, não houve indicação de quais seriam os atos praticados e qual seria a causa da responsabilização do Requerente. A Autoridade Fiscal apenas informou que o Requerente teria exercido a função de Diretor Presidente da Ri Happy e atuado como representante da T4U, T4U I e T4U II na DIPJ (Sr. Hector Nuñez) / teria exercido a função de Diretor Presidente da T4U e teria sido membro do Conselho de Administração da Ri Happy (Sr. Juan Carlos);

Portanto, o Requerente pleiteia desde já o imediato e integral cancelamento do Termo de Sujeição Passiva, pelo fato de a Autoridade Fiscal não ter apontado a causa de aplicação da norma contida no artigo 135, inciso III da CTN;

Essa omissão, inclusive, cerceia o direito de ampla defesa e contraditório do Requerente, que sequer sabe quais foram as supostas irregularidades por ele praticadas. Não há outra solução ao deslinde desse processo administrativo, a não ser o integral cancelamento do Termo de Sujeição Passiva;

Ainda que se entenda que a indicação dos cargos por eles ocupados nas sociedades envolvidas na estrutura é suficiente para caracterizar a responsabilidade de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas, o que se admite apenas para fins de argumentação, ainda assim a exigência deverá ser integralmente cancelada pela inexistência (i) excesso de poderes; ou, (ii) infração à lei, contrato social ou estatutos;

O Requerente atuou nos estritos limites dos poderes conferidos pelo estatuto social da sociedade, sendo manifestamente improcedente qualquer alegação no sentido de que houve excesso de poder por parte do Requerente;

Além disso, não houve nenhuma infração à lei ou ao estatuto social, que justifiquem a aplicação do artigo 135, inciso III do CTN nesses autos. O artigo 135, inciso III, do CTN representa uma típica norma de exceção, tratando apenas da hipótese de responsabilidade exclusiva de terceiros que tenham agido com dolo comprovado e que, por isso, devem substituir o contribuinte na obrigação tributária, desde que comprovadamente tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;

Para a correta interpretação dos fatos envolvidos no presente processo, deve-se adotar a premissa verdadeira (e já pacífica) de que o mero não pagamento de tributo não permite a aplicação do artigo 135, III, do CTN para a inclusão do Requerente como sujeito passivo solidário da obrigação da Ri Happy. Para que ocorra a referida solidariedade, é fundamental que o diretor, gerente ou representante tenha comprovadamente agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, o que não se verifica no caso dos autos;

No presente caso, de fato, trata-se (quando muito) de mera ausência de recolhimento de tributos, o que jamais poderia ensejar a responsabilização pessoal do Requerente;

A doutrina e a jurisprudência possuem entendimento expresso no sentido de que o mero inadimplemento de obrigação fiscal não constitui infração legal para os fins de responsabilização pessoal dos administradores;

Também nesse sentido, cita-se a Súmula nº 430 do STJ;

Para evitar que a responsabilização de terceiros seja feita de forma desmedida e abusiva, a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentou a

questão por meio da Portaria PGFN nº 180/10, na qual previu que a pessoa física somente pode ser responsabilizada por débitos da pessoa jurídica caso tenha poderes de gerência à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e caso haja declaração fundamentada de que teria ocorrido excesso de poderes, infração à lei, infração ao contrato social ou estatuto. Nada disso ocorre no presente caso, como se pode facilmente constatar a partir dos autos deste processo administrativo;

☐ O Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/09, ao qual se reporta a própria D. Autoridade Fiscal no TVF, é enfático ao destacar que a responsabilização com base no disposto no artigo 135, inciso III, do CTN somente pode ocorrer se a Autoridade Fiscal provar a prática de ato ilícito, sendo que este, especificamente, não corresponde à mera ausência de recolhimento de tributos devidos pela pessoa jurídica;

☐ Depois de aplicar a indevida multa de 150% sobre o crédito tributário em discussão, a Autoridade Fiscal simplesmente afirma que o Requerente teria feito parte de todos os atos envolvidos na transação enquadrada equivocadamente como fraudulenta. Não é possível identificar, pois, as provas que levariam a Autoridade Fiscal a ter a essa convicção de que o ora Requerente teria participado de todos os atos supostamente fraudulentos. A verdade é que, sem nenhuma comprovação, a Autoridade Fiscal simplesmente presumiu a responsabilidade tributária do Requerente, o que é vedado pela legislação e pela jurisprudência pacífica;

☐ Assim, diante dos argumentos trazidos acima e da vasta jurisprudência do CARF, que está baseada no entendimento pacífico do STJ e da doutrina, tem-se que, quando não há comprovação dos atos de excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, tal como ocorreu no presente caso, não há que se falar em responsabilidade pessoal dos diretores, representantes, sócios e gerentes da pessoa jurídica com base no artigo 135, inciso III do CTN;

☐ Caso se cogite atribuir qualquer forma de responsabilidade tributária a terceiros (o que se nega, admitindo-se apenas para fins de argumentação), tal imputação deveria ser direcionada aos acionistas da Ri Happy, da T4U, da T4U I e da T4U II, tendo em vista que, em última análise, o Requerente se limitava a executar decisões tomadas por aqueles acionistas;

☐ Não foi cometido ato de excesso de poderes, infração à lei, contrato ou estatuto social pelo Requerente. Até porque, caso isso tivesse ocorrido, estar-se-ia diante de hipótese de responsabilidade pessoal e exclusiva do Requerente, de forma que a Autoridade Fiscal nem teria lavrado Auto de Infração contra a Ri Happy, pois a sociedade não seria responsável pelo crédito tributário. Inaplicável, pois, a hipótese de responsabilização de que trata o artigo 135, III, do CTN;

☐ Portanto, diante de todo o exposto acima, resta claro que, no presente caso, a Autoridade Fiscal equivoca-se ao pretender atribuir responsabilização solidária ao

Requerente com base no artigo 135, inciso III do CTN, razão pela qual esta I. DRJ deve cancelar o presente Termo de Sujeição Passiva;

(vi) Terceira razão: A improcedência dos Autos de Infração

☒ Ainda que não se considerem os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, o Termo de Responsabilidade Tributária deve ser integralmente cancelado devido à própria improcedência dos Autos de Infração lavrados contra a Ri Happy. As questões de fato e de mérito devem ser consideradas, nesse particular, em conjunto com os demais elementos contidos na Impugnação protocolada pela sociedade;

☒ (...);

VI – Conclusão e Pedido:

☒ Diante do acima exposto, o Requerente tem como demonstrado os equívocos da Autoridade Fiscal e a total improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária;

☒ Portanto, requer-se (i) seja dado provimento integral à presente Impugnação para afastamento integral do vínculo de responsabilização solidária, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique; e (ii) o julgamento conjunto desta Impugnação com a apresentada pela Ri Happy;

☒ O Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4.º, alínea "a" do Decreto nº 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

É o relatório.

Não obstante as petições impugnatórias interpostas pelo contribuinte e responsáveis solidários, o Acórdão da DRJ julgou improcedente a demanda, conforme ementa abaixo reproduzida (efls. 4455-4597):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

Ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa da interessada. Descabe a alegação de nulidade quando inexistirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de arguições de ilegalidade e de inconstitucionalidade de atos legais e infralegais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional ou de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas pelo Conselho de Recursos Administrativos Fiscais e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais não vinculam as instâncias julgadoras, restringindo-se às matérias e às partes envolvidas no litígio. Do mesmo modo, a existência de reiteradas decisões judiciais sobre determinada matéria não autoriza a adoção do entendimento nelas expresso na esfera administrativa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização. Em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99). A exceção trazida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa. Inexistindo extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e a real investidora, não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas.

ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

DESPESA FINANCEIRA. NECESSIDADE. EMPRESA INCORPORADA.

Ao eleger o critério da necessidade, a lei requer a demonstração, em cada caso, de um vínculo de inerência entre os bens e serviços adquiridos e a atividade explorada pela pessoa jurídica e que constituir a fonte produtora dos rendimentos. A verificação, em cada caso, do atendimento ao critério, inerência, requer a demonstração de que os mesmos tenham produzido benefício direto ou indireto para o patrimônio social do sujeito passivo que faz o desembolso de recursos e não de outra pessoa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015, 2016

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Evidenciada, pelas provas carreadas aos autos, a intenção dolosa tendente a ocultar do Fisco a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996.

NULIDADE. TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. COMPETÊNCIA DO AFRFB.

A competência privativa do AFRFB de constituir o crédito tributário mediante lançamento de ofício se completa com a identificação do sujeito passivo, o que inclui a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária de terceiro, quando caracterizada tal situação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Demonstrados pela fiscalização o interesse comum de que trata o inciso I, do artigo 124 do CTN, e a participação dos administradores nos atos dos quais decorreram as infrações tributárias lançadas, de que trata o inciso III, do artigo 135 do CTN, é de se manter a responsabilização tributária efetuada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Importante destacar também que, embora o voto condutor tenha considerado tempestivas as impugnações, não conheceu as questões levantadas pelos responsáveis solidários, pelos seguintes fundamentos:

Entretanto, cabe salientar que, relativamente à impugnação da interessada, não se conhece das questões por ela suscitadas relativas à responsabilidade solidária dos Sr. Juan Carlos Felix Estupinan e Sr. Hector Nuñez, uma vez que não constam dos autos procuração por eles delegada para representá-los na petição em questão.

Assim, conforme o dispositivo do Acórdão impugnado, manteve-se a integralidade das autuações, bem como a sujeição passiva solidária dos senhores Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez, respectivamente:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente

julgado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, por voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO à impugnação, para considerar devidos o Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ no valor de R\$ 11.633.733,21 e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL no valor de R\$ 4.202.967,69, montantes estes acrescidos de multa qualificada de 150% e dos juros de mora relativos aos anos-calendário de 2015 e 2016, bem como as retificações das compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL relativos aos mesmos períodos e manter os Termos de Sujeição Passiva Solidária emitidos de fl. 4080/4082 e de fl. 4084/4086 em nome de Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez, respectivamente.

Vencidos os Auditores-Fiscais da Receita Federal Maria Lúcia Miceli e Ricardo Araújo de Oliveira, que entenderam por afastar a responsabilidade solidária imputada aos Sr. Juan Carlos Félix Estupinan e Sr. Hector Nuñez, nos termos da declaração de voto por ele apresentada.

Devidamente, cientificado, tanto o contribuinte (e-fls: 4622-4753) quanto os responsáveis solidários (e-fls.5426-5466 – Sr. Juan Carlos Felix Estupian e; efls.5526-5565 – Sr. Hector Nuñez) apresentaram seus respectivos Recursos Voluntários, repisando e reforçando os argumentos de defesa já apresentados em esfera impugnatória, assim como requerendo também a realização de diligência e manifestando interesse em realizar sustentação oral.

Finalmente, reproduzo abaixo as conclusões e requerimentos dos recorrentes:

Conclusões e requerimentos do contribuinte RI HAPPY BRINQUEDOS S.A. (efls. 4622-4753)

IX. AS CONCLUSÕES E O PEDIDO

471. Esse Recurso Voluntário é tempestivo e deve ser integralmente apreciada e acolhida em suas razões de fato e de Direito, que demonstram a total improcedência desta infundada exigência fiscal.

472. No que diz respeito às despesas de ágio e juros da T4U, a Recorrente requer o integral acolhimento de suas razões de Direito e conseqüente extinção da exigência tributária:

(i) Primeira razão | A T4U possuía reais razões negociais e econômicas no contexto da aquisição alavancada, e não pode ser considerada uma “empresa veículo”. A aquisição da Recorrente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada, pela qual parte do preço correspondente à aquisição da participação societária foi paga mediante dívida contraída com os vendedores. Seria absolutamente impossível realizar a aquisição alavancada da Recorrente se a T4U não tivesse contraído a dívida e constituído as garantias. Além disso, com a incorporação, as garantias foram reduzidas. Como a dívida encontraria o fluxo de caixa da Recorrente se a T4U não existisse? Como as garantias teriam sido constituídas se a T4U não existisse? Como considerar que a T4U é capaz de

contrair obrigações perante as Autoridades Fiscais, apresentando suas obrigações acessórias em dia e depois desconsidera-la para fins tributários? Como a dívida poderia encontrar a receita sem a incorporação? Como negar a existência dos efeitos jurídicos com terceiros decorrentes da incorporação?;

(ii) Segunda Razão | Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária (artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A., artigo 116 do CTN, artigo 981 do Código Civil e artigo 31 da Lei 11.727/08). Ainda que a T4U não tivesse toda a substância econômica e negocial já demonstrada, mesmo assim os Autos de Infração não poderiam subsistir, pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais). A legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A. Ainda nesse sentido, é importante ressaltar que o Código Civil retira qualquer dúvida quanto à irrelevância da discussão referente à “empresa-veículo”. Isso porque, de acordo com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil, a atividade de uma sociedade pode restringir-se à realização de um negócio jurídico determinado;

(iii) Terceira Razão | Decadência do direito de questionar a constituição e atuação da T4U (artigo 45 do Código Civil). Conforme prevê o artigo 45, parágrafo único do Código Civil, o prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas decaiu em 3 anos, razão pela qual já decaiu (em 18.8.2014) o direito de as Autoridades Fiscais contestarem a constituição da T4U;

(iv) Quarta Razão | Efetiva absorção do patrimônio da sociedade investidora (T4U) e sociedade investida (Recorrente) (artigo 109 do CTN, artigo 116 da Lei das S.A. e artigo 7.º da Lei 9.532/97). A condição de adquirente da T4U se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: (1) as ações detidas pelo Sr. Ricardo e Sr. Roberto foram transferidas à T4U; (2) a T4U figurava no quadro acionário da Recorrente como proprietária da participação societária; e (3) a T4U era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Recorrente e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei das S.A. O artigo 109 do CTN estabelece exatamente que *“a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”*;

(v) Quinta Razão | Impossibilidade de Invalidação de atos e contratos cuja produção de efeitos já tenha sido plenamente constituída (artigo 24 da LINDB, artigo 146 e artigo 100 do CTN). Quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado,

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

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

(vii) Sétima Razão | Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN). A alegação de que o Laudo de Avaliação que fundamenta ágio não poderia ser considerado, pois: (1) a legislação aplicável não estabelece nenhum prazo para que a demonstração que fundamenta os lançamentos do ágio seja elaborada; (2) o Laudo de Avaliação teve por data-base a aquisição; (3) a legislação posteriormente editada (Lei 12.973/14) considerou razoável o prazo de 13 meses para a elaboração da demonstração; (4) a Autoridade Tributária não pode simplesmente questionar o Laudo de Avaliação de modo genérico, devendo apresentar de modo objetivo qual a suposta irregularidade que o invalidaria; e (5) trata-se de operação realizada por partes independentes, de modo que o preço avençado é notoriamente comutativo;

(viii) Oitava Razão: Impossibilidade de retroatividade do Método de Mensuração estabelecido pela Lei 12.973/14 (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN). Considerando que a aquisição da Recorrente foi realizada antes da entrada em vigor da Lei 12.973/2014, a T4U não tinha que alinhar a justificativa para pagamento do ágio com os critérios contábeis para a elaboração do PPA;

(ix) Nona Razão | Tributação dos Ganhos de Capitais dos Vendedores (artigo 21 da Lei 8.981/95 e artigo 26 da Lei 10.833/03). O Sr. Ricardo e o Sr. Roberto sujeitaram seus ganhos ao IR, de acordo com as disposições contidas no artigo 21 da Lei 8.981/95. É certo que: (i) se na perspectiva do alienante do investimento

ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, (ii) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se tratam de “dois lados de uma mesma moeda”: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente;

(x) Décima Razão | Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7.º e artigo 8.º da Lei 9.532/97). Todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Recorrente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo deste Recurso Voluntário;

(xi) Décima Primeira Razão | As despesas de juros são necessárias, usuais e normais em aquisições alavancadas (artigo 47 da Lei 4.506/64 e artigo 31 da Lei 11.727/08). É inerente às aquisições alavancadas a tomada de dívida e, conseqüentemente, o pagamento de juros a ela atrelados. No contexto fático deste processo administrativo, não há como alegar que os juros não são necessários, usuais e normais. Simplesmente não se trataria de aquisição alavancada se não houvesse dívida. O artigo 17, parágrafo único do DL 1.598/77, reproduzido no artigo 374 do RIR/99 estabelece que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte serão dedutíveis como custo ou despesa operacional. As despesas financeiras em questão foram incorridas pela Recorrente por simples decorrência da incorporação da T4U. Dessa forma, essas despesas financeiras devem manter a mesma natureza jurídica que apresentavam antes da incorporação societária. Se tais despesas eram consideradas como despesas necessárias (e dedutíveis) à T4U, não há dúvidas de que o requisito da necessidade continua inerente a esses dispêndios, ainda que incorridas pela sociedade incorporadora.

473. Em relação à T4U I, a Autoridade Fiscal alegou que: (i) a T4U I seria uma empresa-veículo; (ii) o ágio teria sido “inflado”, por não ter sido excluído o valor da mais-valia de ativos e intangíveis; e (iii) o ágio seria interno. A alegação de que o ágio teria sido “inflado” já foi superado nesse processo administrativo, já que restou demonstrado que, para fins fiscais, na época dos fatos, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Além disso, não existia nenhuma formalidade aplicável na legislação que determinasse um período para a formalização para que o estudo que embasava o ágio fosse elaborado. Essas exigências apenas passaram a existir com a edição da Lei 12.973/14. Em relação às duas outras alegações (a de que a T4U I seria uma “empresa-veículo” e que o ágio seria “interno”) há quatro argumentos principais que demonstram o descabimento das alegações, a Recorrente demonstrou que:

(i) Primeiro argumento: A T4U I não era uma empresa-veículo e a discussão quanto à (in)existência de “empresa-veículo” é, na verdade, descabida e irrelevante. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla a figura da “sociedade-veículo”, sendo que as razões para a desconsideração da personalidade jurídica são aquelas contidas no artigo 50 do Código Civil, i.e., “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”. No caso em tela, a Autoridade Fiscal não arguiu a ocorrência de nenhuma dessas hipóteses, justamente por sua inexistência. A T4U I, enquanto sociedade holding, agiu devidamente no limite de seu objetivo social, não havendo de se falar em “desvio de finalidade”. Qualquer outro entendimento, levaria à aplicação de entendimento sem embasamento legal, o que não pode ser admitido. Some-se a isso o fato de o E. CARF ter se manifestado em reiteradas e recentes oportunidades, no sentido de que não caracteriza nenhum tipo de ilícito a utilização de “empresa veículo”. Assim, mesmo que a T4U I fosse considerada uma mera sociedade holding, essa característica não teria o condão de invalidar a estrutura ora examinada e seus efeitos fiscais. Além disso, com base nas disposições contidas na Lei das S.A. (artigo 2.º, §3.º) e Código Civil (artigo 981), não resta nenhuma dúvida de que é totalmente permitido pelo ordenamento jurídico brasileira que se constitua uma pessoa jurídica com o único objetivo de adquirir participação societária. Inclusive, está expressamente estabelecido na legislação societária que é legítimo constituir uma pessoa jurídica para se beneficiar de incentivos fiscais;

(ii) Segundo Argumento: Irrelevância da discussão quanto ao “ágio interno”. Ainda que houvesse controle comum, o ágio reconhecido pelo T4U I é legítimo para fins fiscais, tendo em vista que somente a partir da publicação da MP 627/13 e da Lei 12.973/14, que entraram em vigor para operações realizadas a partir de 1º.1.2015, é que passou a ser vedado o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas. A tentativa da Autoridade Fiscal de aplicar essa limitação para o caso em exame corresponde a uma tentativa clara de aplicação retroativa da MP 627/13 e da Lei 12.973/14, o que não pode ser admitido;

(iii) Terceiro Argumento: Inexistência de “Ágio Interno”. Houve rigorosa avaliação do valor justo do investimento na Recorrente, em condições *arm's lenght*, tendo em vista a participação de um terceiro inquestionavelmente independente da RHPBK/Fundo Brasil neste aporte de capital, a saber, a G5 RS. Ademais, o gestor do fundo não possui participação nos fundos de investimento, sendo totalmente incoerente alegar-se que a T4U I e o Fundo Brasil estariam sob “controle comum” quando do aporte de capital realizado na Recorrente. E, ainda que assim não o fosse, a alegação de que não seria possível aferir o preço justo da aquisição não se sustenta, pois o valor atribuído às ações adquiridas pela T4U I foi devidamente apurado por Laudo de Avaliação elaborado por sociedade especializada e independente, de modo que foi respeitada a comutatividade da operação;

(iv) Quarto Argumento: Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7.º e artigo 8.º da Lei 9.532/97). Todos os requisitos para

amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Recorrente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo deste Recurso Voluntário.

474. Em relação à T4U II, a Autoridade Fiscal também alegou que: (i) a T4U II seria uma empresa-veículo; (ii) o ágio teria sido “inflado”, por não ter sido excluído o valor da mais-valia de ativos e intangíveis. A alegação de que o ágio teria sido “inflado” já foi superado nesse processo administrativo, já que restou demonstrado que, para fins fiscais, na época dos fatos, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Além disso, não existia nenhuma formalidade aplicável na legislação que determinasse um período para a formalização para que o estudo que embasava o ágio fosse elaborado. Essas exigências apenas passaram a existir com a edição da Lei 12.973/14. Além disso, também já foi fartamente demonstrado que sociedades holding não podem ser “automaticamente” consideradas como “empresas-veículos”, sendo certo que, no caso aqui tratado, ocorreu uma efetiva aquisição com pagamento de preço a partes não relacionadas.

475. E, caso não se entenda que as razões acima levam ao cancelamento dos Autos de Infração (o que se admite apenas para argumentar), a Recorrente requer a declaração de nulidade dos Autos de Infração, com a consequente extinção da exigência tributária por três razões:

(i) Fundamentação fática | Erro na descrição dos fatos. O TVF não considerou

as reais circunstâncias envolvidas em uma aquisição alavancada e as reais atribuições cabíveis a um gestor de fundo de investimento. Os Autos de Infração não enfrentaram, devidamente, o papel da T4U no contexto preciso e verdadeiro de uma aquisição alavancada. Tampouco foi considerado o real papel de um gestor de fundo de investimento – a Autoridade Fiscal alega que a aquisição teria sido realizada pelo “Grupo Carlyle”, o que demonstra um desconhecimento do mercado;

(ii) Fundamentação Legal | Ausência de capitulação legal objetiva e precisa. Além de indicar fatos incorretos, a Autoridade Fiscal não capitulou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Autoridade Fiscal limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Autoridade Fiscal copie trechos de dispositivos legais – é necessário que seja demonstrado qual o fato concreto contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita;

(iii) Ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada: Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para argumentar), ainda

assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Administração Pública de ingerir na liberdade da esfera privada. Como analisado nesse Recurso Voluntário, a aquisição da Recorrente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada (*leveraged buyout*). Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Autoridade Fiscal questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma! Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida), não compete à Administração Pública fazer juízo de valores em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Administração Pública de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado (i.e., aquisição alavancada).

476. A severa multa de 150% aplicada pela Autoridade Fiscal também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas pela Recorrente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se coloca apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude.

477. A Recorrente jamais falsificou documentos ou “maquiou” livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Recorrente registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu as Autoridades Fiscais com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, portanto, a Autoridade Fiscal poderia alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas pela Recorrente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa-fé da Recorrente e acusá-la de ter incorrido em fraude. Adicionalmente, o fato de a Autoridade Fiscal discordar dos procedimentos adotados pelo vendedor também não é hábil a legitimar a imposição de multa de 150% contra a Recorrente.

478. A Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência dos Autos de Infração. Assim sendo, a Recorrente pleiteia o acolhimento integral do presente Recurso Voluntário e o imediato cancelamento dos Autos de Infração (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo, devendo-se recompor eventuais prejuízos fiscais e bases negativas da CSL compensados.

479. A Recorrente protesta pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

480. Por fim, a Recorrente informa que possui interesse em realizar sustentação oral perante este E. CARF.

Conclusões e Requerimentos do Sr. Hector Hector Nuñez (responsável solidário - efls.5526-5565):

VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

110. Diante do acima exposto, o Recorrente tem como demonstrado os equívocos da Autoridade Fiscal e a total improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

111. O Recorrente requer sejam reconhecidas as seguintes nulidades referentes à sua responsabilização, com o conseqüente cancelamento integral do Termo de Sujeição Passiva:

(i) Primeira nulidade: A incompetência da Autoridade Fiscal para a lavratura do Termo de Sujeição Passiva. A Autoridade Fiscal indicou o artigo 135, inciso III do CTN como embasamento para a responsabilização do Recorrente pelo crédito tributário. Esse dispositivo refere-se tão somente ao deslocamento da situação de devedor para um terceiro, não se tratando, portanto, da definição do sujeito passivo. Desse modo, apenas se poderia pretender atribuir responsabilidade ao Recorrente pelo débito lançado contra a Ri Happy em sede de execução fiscal, cuja competência é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, o que leva à nulidade da lavratura do Termo de Sujeição Passiva, conforme artigo 59, inciso I, do Decreto 70.235/72;

(ii) Segunda nulidade: Inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram a imputação de responsabilidade ao Recorrente (utilização de mera presunção para imputar responsabilidade solidária). Pela leitura do TVF, verifica-se que não houve nenhuma especificação quanto às supostas ações ou omissões que ensejariam a responsabilidade do Recorrente, tendo a Autoridade Fiscal simplesmente informado o cargo desempenhado pelo Recorrente. Não há, no TVF, nenhum elemento, prova ou indício – direto ou indireto - que possa justificar a atribuição de vínculo de responsabilidade solidária ao Recorrente. Conclui-se, portanto, que a Autoridade Fiscal imputou responsabilidade solidária ao Recorrente com base na simples presunção. A presunção criada pela Autoridade Tributária Fiscal afronta diretamente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal, bem como pelo artigo 59 do Decreto 70.235/72 e pelo artigo 2.º da Lei 9.784/99, afrontando também a jurisprudência consolidada sobre o tema;

(iii) Terceira nulidade: Erro no valor imputado ao Recorrente - A Autoridade Fiscal deveria ter analisado as ações ou omissões que supostamente teriam ensejado a

responsabilidade solidária do Recorrente (o que não fez) e imputado a ele apenas o valor que supostamente lhe caberia. A determinação equivocada do *quantum debeat* acarreta a nulidade do Termo de Sujeição Passiva, uma vez que tal grandeza é a essência do lançamento de ofício, conforme previsão do artigo 10, inciso V, do Decreto 70.235/72.

112. Subsidiariamente, caso este E. CARF não acolha as nulidades acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, o Recorrente requer o acolhimento das seguintes razões de Direito:

(i) Primeira razão: Inaplicabilidade do artigo 124, inciso I do CTN. O artigo 124,

inciso I do CTN é inaplicável ao caso, pois (i.1) o dispositivo não é forma de inclusão de terceiro, mas sim grau de responsabilidade dos coobrigados; (i.2) o dispositivo vale para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado; (i.3) o interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação que constitui o fato gerador; (i.4) os exemplos apresentados pela doutrina demonstram que a situação examinada nesses autos em nada se confunde com a correta abrangência de “interesse comum” e alcance da norma;

(ii) Segunda razão: Inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN. O artigo 135, inciso III do CTN é inaplicável ao caso, pois não houve nenhum excesso de poderes ou infração a lei e/ou contrato social - a Autoridade Fiscal sequer indicou qual seria a irregularidade específica incorrida pelo Recorrente. A doutrina e a jurisprudência possuem entendimento expresso no sentido de que o mero inadimplemento de obrigação fiscal não constitui infração legal para os fins de responsabilização pessoal. Tem-se que, quando não há comprovação dos atos de excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, tal como ocorreu no presente caso, não há que se falar em responsabilidade pessoal dos diretores, representantes e gerentes da pessoa jurídica com base no artigo 135, inciso III do CTN; e

(iii) Terceira razão: A improcedência dos Autos de Infração. Ainda que não se considerem os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, o Termo de Responsabilidade Tributária deve ser integralmente cancelado devido à própria improcedência dos Autos de Infração lavrados contra a Ri Happy. As questões de fato e de mérito devem ser consideradas, nesse particular, em conjunto com os demais elementos contidos no Recurso Voluntário protocolado pela sociedade.

113. O Recorrente destaca que o I. Julgador Ricardo Araújo de Oliveira, integrante da I. DRJ que proferiu o Acórdão Recorrido, reconheceu que não há cabimento para a tentativa de imputação de responsabilidade ao Recorrente, o que evidencia a necessidade de cancelamento do Termo de Sujeição.

114. Portanto, requer-se: (i) seja dado provimento integral a este Recurso Voluntário para afastamento integral do vínculo de responsabilização solidária, já

que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique; e (ii) o julgamento conjunto deste Recurso Voluntário com o apresentado pela Ri Happy.

115. O Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

116. Por fim, o Recorrente informa que possui interesse em realizar sustentação oral perante este E. CARF.

Conclusões e Requerimentos do Sr. Juan Carlos Felix Estupian (responsável solidário - fls.5426-5466)

VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

113. Diante do acima exposto, o Recorrente tem como demonstrado os equívocos da Autoridade Fiscal e a total improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

114. O Recorrente requer sejam reconhecidas as seguintes nulidades referentes à sua responsabilização, com o consequente cancelamento integral do Termo de Sujeição Passiva:

(i) Primeira nulidade: A incompetência da Autoridade Fiscal para a lavratura do Termo de Sujeição Passiva. A Autoridade Fiscal indicou o artigo 135, inciso III do CTN como embasamento para a responsabilização do Recorrente pelo crédito tributário. Esse dispositivo refere-se tão somente ao deslocamento da situação de devedor para um terceiro, não se tratando, portanto, da definição do sujeito passivo. Desse modo, apenas se poderia pretender atribuir responsabilidade ao Recorrente pelo débito lançado contra a Ri Happy em sede de execução fiscal, cuja competência é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, o que leva à nulidade da lavratura do Termo de Sujeição Passiva, conforme artigo 59, inciso I, do Decreto nº 70.235/72;

(ii) Segunda nulidade: Inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram a imputação de responsabilidade ao Recorrente (utilização de mera presunção para imputar responsabilidade solidária). Pela leitura do TVF, verifica-se que não houve nenhuma especificação quanto às supostas ações ou omissões que ensejariam a responsabilidade do Recorrente, tendo a Autoridade Fiscal simplesmente informado o cargo desempenhado pelo Recorrente. Não há, no TVF, nenhum elemento, prova ou indício – direto ou indireto - que possa justificar a atribuição de vínculo de responsabilidade solidária ao Recorrente. Conclui-se, portanto, que a Autoridade Fiscal imputou responsabilidade solidária ao Recorrente com base na simples presunção. A presunção criada pela Autoridade Tributária Fiscal afronta diretamente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal, bem como pelo artigo 59 do Decreto 70.235/72 e pelo artigo 2.º da Lei nº 9.784/99, afrontando também a jurisprudência consolidada sobre o tema;

(iii) Terceira nulidade: Erro no valor imputado ao Recorrente - A Autoridade Fiscal deveria ter analisado as ações ou omissões que supostamente teriam ensejado a responsabilidade solidária do Recorrente (o que não fez) e imputado a ele apenas o valor que supostamente lhe caberia. A determinação equivocada do *quantum debeat* acarreta a nulidade do Termo de Sujeição Passiva, uma vez que tal grandeza é a essência do lançamento de ofício, conforme previsão do artigo 10, inciso V, do Decreto nº 70.235/72.

115. Subsidiariamente, caso este E. CARF não acolha as nulidades acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, o Recorrente requer o acolhimento das seguintes razões de Direito:

(i) Primeira razão: Inaplicabilidade do artigo 124, inciso I do CTN. O artigo 124, inciso I do CTN é inaplicável ao caso, pois (i.1) o dispositivo não é forma de inclusão de terceiro, mas sim grau de responsabilidade dos coobrigados; (i.2) o dispositivo vale para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado; (i.3) o interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação que constitui o fato gerador; (i.4) os exemplos apresentados pela doutrina demonstram que a situação examinada nesses autos em nada se confunde com a correta abrangência de “interesse comum” e alcance da norma;

(ii) Segunda razão: Inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN. O artigo 135, inciso III do CTN é inaplicável ao caso, pois não houve nenhum excesso de poderes ou infração a lei e/ou contrato social - a Autoridade Fiscal sequer indicou qual seria a irregularidade específica incorrida pelo Recorrente. A doutrina e a jurisprudência possuem entendimento expresso no sentido de que o mero inadimplemento de obrigação fiscal não constitui infração legal para os fins de responsabilização pessoal. Tem-se que, quando não há comprovação dos atos de excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, tal como ocorreu no presente caso, não há que se falar em responsabilidade pessoal dos diretores, representantes e gerentes da pessoa jurídica com base no artigo 135, inciso III do CTN; e

(v) Terceira razão: A improcedência dos Autos de Infração. Ainda que não se considerem os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, o Termo de Responsabilidade Tributária deve ser integralmente cancelado devido à própria improcedência dos Autos de Infração lavrados contra a Ri Happy. As questões de fato e de mérito devem ser consideradas, nesse particular, em conjunto com os demais elementos contidos no Recurso Voluntário protocolado pela sociedade; e

(vi) Quarta razão: Inexistência de Atos Executivos pelo Conselho de Administração. A condição de Conselheiro não pode ser utilizada como justificativa para tentar imputar qualquer tipo de responsabilidade. O Conselho de Administração é órgão meramente deliberativo, que não pratica atos executivos da companhia. Sob nenhuma perspectiva o Recorrente poderia ter qualquer

ingerência sobre a apuração das bases de cálculo do IRPJ e CSL. Essa impossibilidade decorre da própria natureza do Conselho de Administração.

116. O Recorrente destaca que o I. Julgador Ricardo Araújo de Oliveira, integrante da I. DRJ que proferiu o Acórdão Recorrido, reconheceu que não há cabimento para a tentativa de imputação de responsabilidade ao Recorrente, o que evidencia a necessidade de cancelamento do Termo de Sujeição.

117. Portanto, requer-se: (i) seja dado provimento integral a este Recurso Voluntário para afastamento integral do vínculo de responsabilização solidária, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique; e (ii) o julgamento conjunto deste Recurso Voluntário com o apresentado pela Ri Happy.

118. O Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

119. Por fim, o Recorrente informa que possui interesse em realizar sustentação oral perante este E. CARF

Após, os autos foram encaminhados para o CARF, para apreciação e julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro **Jeferson Teodorovicz**, Relator

Em 02.09.2020, o sujeito passivo foi cientificado do resultado do julgamento da DRJ e, em 02.10.2020, ratificou o recurso voluntário que havia interposto desde 31.08.2020.

Em 23.09.2020, o solidário Hector foi cientificado do resultado do julgamento da DRJ e, em 15.10.2020, interpôs recurso voluntário.

Em 25.09.2020, o solidário Juan foi cientificado do resultado do julgamento da DRJ e, em 15.10.2020, interpôs recurso voluntário.

Verificada a tempestividade dos recursos voluntários (contribuinte e responsáveis solidários), e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, deles tomo conhecimento.

Apesar de geograficamente a Recorrente apresentar as nulidades após o mérito, analiso-as antes por se tratar de matéria preliminar e prejudicial de mérito. Nesse contexto, a Recorrente alega a existência de três nulidades:

(i) Fundamentação fática | Erro na descrição dos fatos. O TVF e o Acórdão Recorrido não consideraram as reais circunstâncias envolvidas em uma aquisição alavancada e as reais atribuições cabíveis a um gestor de fundo de investimento.

Os Autos de Infração não enfrentaram, devidamente, o papel da T4U no contexto preciso e verdadeiro de uma aquisição alavancada. Tampouco foi considerado o real papel de um gestor de fundo de investimento – a Autoridade Fiscal alega que a aquisição teria sido realizada pelo “Grupo Carlyle”, o que demonstra um desconhecimento do mercado;

(ii) Fundamentação Legal | Ausência de capitulação legal objetiva e precisa. Além de indicar fatos incorretos, a Autoridade Fiscal não capitulou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Autoridade Fiscal limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Autoridade Fiscal copie trechos de dispositivos legais - é necessário que seja demonstrado qual o fato concreto contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita;

(iii) Ingerência da Administração Pública na liberdade da esfera privada: Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para argumentar), ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Administração Pública de ingerir na liberdade da esfera privada. Como analisado nesse Recurso Voluntário, a aquisição da Recorrente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada (leveraged buyout). Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Autoridade Fiscal questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma! Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida), não compete à Administração Pública fazer juízo de valores em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Administração Pública de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado (i.e., aquisição alavancada).

Registre-se que tanto a primeira quanto a terceira nulidades suscitadas não representam nulidades propriamente ditas, mas verdadeira divergência quanto à interpretação das premissas fáticas, portanto, confundindo-se com o mérito, razão pela qual as afastamos desde logo.

Em relação à **segunda preliminar**, alega que Autoridade Fiscal não indicou de maneira precisa e objetiva quais são os dispositivos legais infringidos que dão causa ao lançamento. E há apenas uma razão para essa ausência de fundamentação: **não há nenhum dispositivo legal que possa ser imputado à Recorrente.**

E acresce que a Autoridade Fiscal se limitou a apresentar um apanhado de artigos sem correlacioná-los às reais circunstâncias fáticas envolvidas no caso e sem demonstrar que houve infração às previsões legais pela Recorrente. Pela leitura das 118 páginas do TVF não é possível extrair uma passagem sequer na qual a Autoridade Fiscal tenha aplicado a norma tributária ao caso concreto.

Contudo, também sem razão à Recorrente. Diferentemente do quanto por ela defendido, concorde-se ou não com ele, o termo de verificação fiscal discorre com precisão acerca dos motivos que entendeu determinantes para a glosa do ágio e das despesas financeiras, não gerando qualquer prejuízo à compreensão pela contribuinte que impedisse o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Tanto o é que apresentou defesa técnica em que apresenta 10 razões pelas quais o ágio seria dedutível no caso concreto, em mais de 100 páginas de Impugnação. Assim, não havendo prejuízo, não há que se reconhecer qualquer nulidade ("Pas de nullité sans grief").

Assim, **afasto a preliminar suscitada.**

No **mérito**, verifica-se que se trata a discussão de dedutibilidade de ágio referente a aquisições de ações da própria Recorrente (Ri Happy) pela T4U Participações S.A. ('T4U'), T4U I Participações S.A. ('T4U I') e T4U II Participações S.A. ('T4U II').

Da leitura do TVF, verifica-se que as razões para a glosa do ágio foram: (i) utilização de empresa veículo; (ii) apresentação extemporâneas do laudo de avaliação; (iii) equivocada alocação da mais valia; (iv) inflação do valor do ágio; (v) existência de ágio interno.

Antes de analisar os ágios objeto de autuação, portanto, estabelecerei algumas premissas.

O ágio discutido deve ser analisado à luz do disposto nos arts. 20 e seguintes do Decreto-lei n. 1.598/77, por se referir a **período anterior a publicação da Lei 12.973/2014**:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

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

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

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

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

O mesmo raciocínio aplica-se à necessidade de análise dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abstrai-se dos referidos dispositivos que a amortização do ágio apenas pressupõe uma operação de incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica que detinha a participação societária adquirida com ágio e a pessoa jurídica investida.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em

rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). **O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.** TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE. A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. (documento assinado digitalmente) Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Luis Henrique Marotti Toselli – Relator (documento assinado digitalmente) Livia De Carli Germano – Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

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

Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de

pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta ou (ii.ii) inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.

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

Trazendo essas considerações para o presente cenário, as questões que se colocam são as seguintes: empresas holdings podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma empresa veículo assim interposta possui causa jurídica? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

As respostas a meu ver são positivas.

Tratam-se as rotuladas empresas veículos, de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

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

[...]

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

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que “tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma holding, cuja causa jurídica ou finalidade social, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia, a prova da existência e objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Quanto à duração de uma sociedade, cumpre notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho?

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Verifica-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua autonomia de empreender e de buscar maximizar os resultados da companhia nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir o uso de uma holding para servir de veículo para provocar a baixa de um investimento com o consequente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio.

Ao tratar especificamente sobre as formas de investimento no Brasil por empresa estrangeira, assim leciona Charles William McNaughton³²:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse

resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo holding que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, é plenamente lícito o financiamento estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas holdings, espécie de sociedade que inclusive é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

(...)

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum vício ou aparência sobre a existência, causa e finalidade das empresas veículos envolvidas nesse caso concreto. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós incorporações reversas.

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das holdings nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.

Pelo exposto, conclui-se que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura ato ilícito ou simulação, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

Mais recentemente, inclusive, esse posicionamento acabou sendo adotado pelo Ministro Gurgel de Faria ao julgar o REsp 2.026.473:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

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

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

Ali, o Ministro assevera com a clareza que lhe é característica que:

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

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

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das

operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

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

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012)

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

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

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

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária? (DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresaveículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

Neste ponto, **resta demonstrado que a acusação de utilização de empresa-veículo per se não desnatura o aproveitamento fiscal do ágio.**

Da mesma forma, até a alteração da legislação pertinente ao ágio, não existia no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 a exigência de laudo. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 exigia para o ágio ou deságio fundamentado no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade um “demonstrativo”, que seria arquivado como comprovante de sua escrituração.

Por fim, sob o risco de ser repetitivo, entendo que antes do advento da Lei n. 12.973/2014 não havia precedência ou prevalência entre os possíveis fundamentos econômicos do ágio.

Estabelecidas as premissas acima, passo a analisar cada uma das operações.

Ágio T4U

Segundo a acusação fiscal, o ágio T4U surgiu na operação de compra e venda de 85% das ações da RI HAPPY. Os vendedores das ações foram os sócios fundadores da companhia, os srs. Ricardo Sayon e Roberto Salim Saba. **Formalmente**, quem adquiriu as ações foi a empresa **T4U**. É sabido e notório, no entanto, que, **na essência**, quem adquiriu as ações foi o **grupo Carlyle**, conforme amplamente divulgado não só pela imprensa e mídia em geral, mas também como declarado pela própria empresa RI HAPPY, em seu site, no Prospecto Preliminar da Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Ordinárias de emissão da RI HAPPY (doe. 126), e perante ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doe. 072) - e pelo próprio grupo Carlyle no exterior. **A T4U é apenas uma empresa veículo.**

Segundo consta do TVF, a operação ocorreu da seguinte forma:

Em 30/06/2011, por meio de uma Carta de intenções, o grupo Carlyle, real adquirente, demonstrou sua intenção de investir na RI HAPPY e foi estabelecida a outorga, pelos Vendedores, Srs. Ricardo Sayon e Roberto Salim Saba, da exclusividade de negociação das Participações Societárias com o Comprador. (Obs. Essa fiscalização intimou o contribuinte a apresentar a referida carta - doe. 031 - Intimação nº 08. O contribuinte solicitou prorrogação de prazo. Foram concedidas mais duas prorrogações de prazo. Esgotado o prazo o contribuinte não apresentou o documento nem tampouco qualquer informação a respeito.)

Em 18/08/2011, foi criada a empresa "Berkshire Participações Ltda., que tinha como sócios Alexandra Furlaneti de Medeiros e Olavo Lira Barbosa, e R\$ 100,00 de capital social. (doe. 076)

Em 07/11/2011 o FIP Fundo Brasil, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado e gerido pelo grupo Carlyle (doe. 076), adquiriu a Berkshire. Em seguida a sociedade foi transformada em Sociedade Anônima (S.A.), a sua denominação social foi alterada para "T4U Participações S.A." (doravante T4U), o seu endereço foi alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, e foram eleitos os senhores Juan Carlos Felix Estupinan, para o cargo de diretor-presidente, e Hector Nuñez para o cargo de diretor sem designação específica.

Em 09/11/2011 os sócios da RI HAPPY, Ricardo e Roberto, assinaram um Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias com o objetivo de vender uma parte, 85%, de suas participações societárias na RI HAPPY. Nessa data cada um dos sócios detinha 50% do capital social total e votante da Sociedade. Figura formalmente no contrato de compra, como compradora, a T4U. A T4U tinha um capital social de apenas R\$ 100,00 (doe. 080)

Em 23/12/2011 foi aprovado um aumento do capital social da T4U, de R\$ 100,00, para R\$ 30.969.121,00. O Aumento do capital social foi subscrito e integralizado pelo FIP CTS, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado, que iniciou suas operações no dia anterior, 22/12/2011 (doe. 107), e pelo FIP Fundo Brasil.

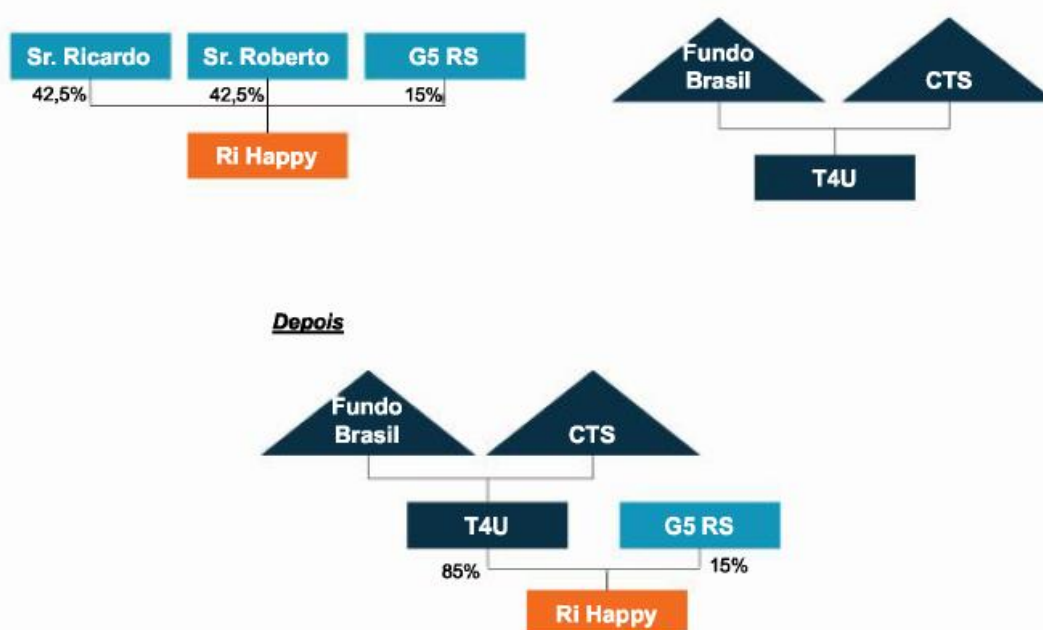
No mesmo dia, 23/12/2011, a T4U fez o pagamento a título de parcela de sinal, referente à aquisição da participação acionária na RI HAPPY, no valor de R\$ 29.539.067,35. (doe. 081)

No dia 27/02/2012 os sócios da T4U, FIP CTS e FIP Fundo Brasil aumentam novamente o capital da T4U, em R\$ 150.654.899,00, passando este a ser de R\$ 181.624.120,00. No dia 28/02/2012 a T4U recebe o aporte de capital.

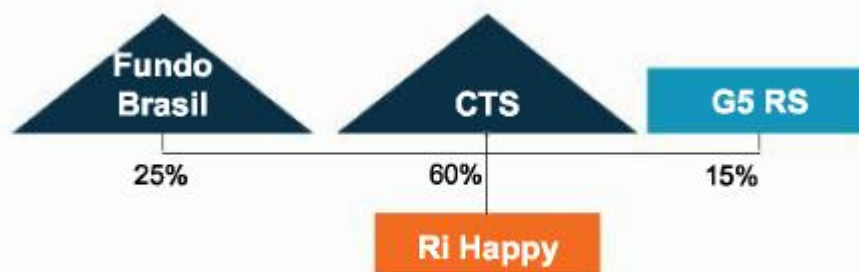
Em 28/02/2012 ocorreu o fechamento da operação de aquisição de 85% das ações da RI HAPPY, mediante o pagamento, realizado pela T4U, no valor de R\$ 120.288.122,08. O dinheiro entrou e saiu da conta da T4U no mesmo dia (doe. 081)

Ainda em 28/02/2012, os sócios T4U e FIP G5 RS aprovaram aumento do Capital Social na RI HAPPY, no montante de R\$ 35.295.000,00. Foram emitidas 35.295.000 novas ações ordinárias, sendo que 30.750.000 ações foram subscritas por T4U e 5.294.500 ações foram subscritas pelo FIP G5 RS. O capital social da RI HAPPY passou a ser de R\$ 110.200.800,00. Em 27/06/2012 a empresa T4U foi incorporada pela controlada RI HAPPY (incorporação reversa). O grupo RI HAPPY passou, então, a ser controlado pelos fundos de investimento FIP FUNDO BRASIL, FIP CTS e FIP G5 RS e, em julho de 2012, o ágio resultante da incorporação começou a ser amortizado pela fiscalizada.

As estruturas societárias relevantes, antes e após o fechamento da operação, podem ser representadas conforme organogramas abaixo:



Após a incorporação da T4U pela Recorrente, a estrutura societária relevante passou a ser a seguinte:



A Recorrente alega em resumo:

Alegações referentes da T4U	
Alegação	Desabimento da alegação
<p>1. Alegação nº 1: a T4U seria uma empresa-veículo. A Autoridade Fiscal alegou que a T4U teve o único propósito de “gerar artificialmente benefícios tributários”, o que justificaria a sua desconsideração como “real adquirente” do investimento na Recorrente. Essa desconsideração, por sua vez, levaria à inexistência de absorção de patrimônio entre investida e investidora quando da incorporação da T4U pela Recorrente – de forma que um dos requisitos para a dedutibilidade das despesas de ágio não teria sido atendido.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> A T4U possuía reais razões negociais e econômicas no contexto da aquisição alavancada, e não pode ser considerada uma “empresa veículo”; <input type="checkbox"/> Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária (artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A., artigo 116 do CTN, artigo 981 do Código Civil e artigo 31 da Lei 11.727/08); <input type="checkbox"/> Decadência do direito de questionar a constituição e atuação da T4U (artigo 45 do Código Civil); <input type="checkbox"/> Efetiva absorção do patrimônio da sociedade investidora (T4U) e sociedade investida (Recorrente) (artigo 109 do CTN, artigo 116 da Lei das S.A. e artigo 7.º da Lei 9.532/97); <input type="checkbox"/> Impossibilidade de Invalidação de atos e contratos cuja produção de efeitos já tenha sido plenamente constituída (artigo 24 da LINDB, artigo 146 e artigo 100 do CTN); <input type="checkbox"/> Recentes precedentes favoráveis ao contribuinte em casos de alegação de veículo; <input type="checkbox"/> Tributação dos Ganhos de Capitais dos Vendedores (artigo 21 da Lei 8.981/95 e artigo 26 da Lei 10.833/03); <input type="checkbox"/> Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7.º e artigo 8.º da Lei 9.532/97).
<p>2. Alegação nº 2: a T4U teria sido constituída para contornar as restrições impostas pela ICVM 391/03. A Autoridade Fiscal alegou que, além de ter sido constituída exclusivamente para “gerar um benefício fiscal indevido”, a T4U teria sido constituída também com o propósito de “contornar, superficialmente, as restrições impostas pela Instrução 391/2003 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)”. A ICVM 391/03 dispõe sobre “a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações”. Como se verá, nunca houve nenhum descumprimento às previsões contidas na ICVM 391/03, ou qualquer tipo de questionamento nesse sentido pela CVM. Por óbvio, caso alguma irregularidade tivesse sido incorrida pela Recorrente ou pela T4U, a competência para apresentar qualquer questionamento quanto à inobservância de uma instrução da CVM seria da própria CVM - e não da RFB! Nesse contexto, a Recorrente já destaca, desde já, que a CVM nunca apresentou nenhum questionamento quanto a qualquer tipo de infração à ICVM 391/03.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • A RFB não possui competência para questionar supostas irregularidades referentes a normativos emitidos pela CVM; • Todos os normativos foram devidamente observados.
<p>3. Alegação nº 3: o valor do ágio reconhecido pela T4U teria sido “inflado”. A Autoridade Fiscal alegou que a Recorrente (i) teria indevidamente incluído como custo de aquisição “um ajuste de dívida” e um valor de aporte de capital previsto no contrato de aquisição da participação societária; e (ii) o valor do ágio estaria incorreto, pois o preço de aquisição não teria sido alocado a bens intangíveis (como a marca Ri Happy) e mais-valia de ativos. A Autoridade Fiscal alegou, ainda, que o simples fato de a Recorrente ter incluído o valor do ajuste de dívida como preço pela aquisição da participação societária “caracteriza claramente uma verdadeira fraude já que é uma ação dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir e modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante de imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (artigo 30, §3.0 do DL 1.598/77, artigo 5.0, incisos li e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN); • Impossibilidade de retroatividade do Método de Mensuração estabelecido pela Lei 12.973/14 (artigo 30, §3.0 do DL 1.598/77, artigo 5.0, incisos li e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.0 da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN).
<p>4. Alegação nº 4: indedutibilidade de juros pagos na aquisição alavancada. A Autoridade Fiscal alegou que as despesas de juros incorridas em aquisições alavancadas são indedutíveis das bases de IRPJ e CSL - no que pese o fato de a essência desse tipo de aquisição ser a tomada de dívida!</p>	<ul style="list-style-type: none"> • As despesas de juros são necessárias, usuais e normais em aquisições alavancadas (artigo 47 da Lei 4.506/64 e artigo 31 da Lei 11.727/08).

Verifica-se da descrição dos fatos acima narrados que, ao fim e ao cabo, trata-se de operação relacionada entre partes não relacionadas.

A utilização da empresa-veículo mostrou-se necessária no caso concreto, **pois se tratou de aquisição alavancada**.

Como se sabe, a compra alavancada consiste em uma modalidade de transação econômica pela qual o investidor adquire participação societária de determinada sociedade e uma parcela significativa do preço é financiada por meio de dívida contraída junto a terceiros. Essa dívida, por sua vez **(i)** é paga com o próprio fluxo de caixa gerado pelo investimento adquirido – sendo esse confronto de receitas e despesas realizado por meio da incorporação da sociedade adquirente pela sociedade adquirida; e **(ii)** é usualmente garantida com ativos da sociedade investida.

Para que esse modo de aquisição possa se materializar, por sua vez, faz-se necessário que a adquirente tenha a possibilidade de contrair a dívida e ter seu patrimônio absorvido pela sociedade adquirida – de modo a permitir que o caixa gerado pelo próprio investimento seja utilizado para quitar a dívida.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Numero do processo: 16561.720078/2019-47

Turma: Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção

Câmara: Quarta Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Tue Apr 09 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Mon May 06 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2014, 2015, 2016 HOLDING. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. AQUISIÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. RECURSOS DE TERCEIROS. O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding) para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos serem provenientes de terceiros (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) revela um propósito comercial específico e dentro de um amplo contexto operacional/societário de um grupo econômico. Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à holding a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal. Constatada a legitimidade das operações de aquisição e incorporação, restam canceladas as demais infrações apontadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL.

Numero da decisão: 1401-006.922

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, dar-lhe provimento. (documento assinado digitalmente) Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente (documento assinado digitalmente) Cláudio de Andrade Camerano - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Nome do relator: CLAUDIO DE ANDRADE CAMERANO

(***)

Numero do processo: 16561.720036/2020-40

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Wed Feb 21 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Fri Mar 22 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA Ano-calendário: 2016, 2017 ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei. ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2016, 2017 ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. AMORTIZAÇÃO ANTECIPADA. DEDUÇÃO. GLOSA. A dedução da amortização de ágio surgido em operação societária formalmente adequada somente pode ser glosada quando for demonstrado que o contribuinte usou de artifício antijurídico para iludir a impossibilidade material da dedução realizada. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. A empresa que capta recursos no mercado financeiro para possibilitar a aquisição de participação societária, ainda que tenha sido criada com esse propósito específico, pode deduzir na apuração do IRPJ as correspondentes despesas financeiras. Tal dedutibilidade não é afetada quando a empresa adquirente é incorporada pela empresa investida, a qual passa a ser responsável pelos ônus financeiros da incorporada e pode deduzir as

correspondentes despesas financeiras. ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Ano-calendário: 2016, 2017 IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão sobre o lançamento de IRPJ para os demais lançamentos decorrentes.

Numero da decisão: 1201-006.257

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Decisão: Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos o Conselheiro José Eduardo Género Serra e a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que davam parcial provimento ao recurso para exonerar a glosa das despesas financeiras, afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. Os Conselheiros Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto acompanharam o relator pelas suas conclusões. O Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto manifestou intenção de apresentar declaração de voto. (assinado digitalmente) Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Nome do relator: NEUDSON CAVALCANTE ALBUQUERQUE

(***)

Numero do processo: 16561.720088/2020-16

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu Apr 11 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Mon May 20 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2015, 2016 NULIDADE DO LANÇAMENTO. FALTA ABORDAGEM EXAUSTIVA DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA CONTRIBUINTE EM FISCALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. A autoridade administrativa está normativamente autorizada a lavrar os Autos de Infração sem qualquer diálogo com a Contribuinte, mas deve considerar minimamente em seu labor os esclarecimentos fornecidos em procedimento de fiscalização. Contudo, a necessidade de contraposição a todos os esclarecimentos que poderiam isoladamente, em tese, afastar a autuação decorre de aplicação subsidiária do art. 489 do CPC/2015 aplicável apenas ao processo administrativo fiscal instaurado a partir da apresentação de impugnação. Assim, nos termos da Súmula CARF nº 162 inexistente nulidade por falta de diálogo minudente com os esclarecimentos prestados pela Contribuinte, quanto menos pela falta de convencimento da autoridade atuante sobre a forma de interpretar

os fatos e o Direito adotada pela Contribuinte. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE ARGUMENTOS QUE, EM TESE, PODERIAM LEVAR AO CANCELAMENTO DA AUTUAÇÃO. Analisados os autos, verifica-se que as omissões apontadas pela Contribuinte na realidade inexisteram. O Acórdão Recorrido manifestou-se de maneira expressa e detalhada sobre a defesa da existência de propósito extrafiscal na emissão de debêntures e sobre a alegação de inexistência de vínculo entre as debêntures emitidas pela SP Vias e aquelas emitidas pela CPC e pela Vialco. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2015, 2016 DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS COM COMISSÕES E JUROS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DESPESAS FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO AOS CRITÉRIOS DO ART. 299 DO RIR/99 O art. 374 do RIR/99 não confere carta branca à dedução de juros e encargos decorrentes de operações de financiamento, mas especifica como se dará a dedução de juros em casos particulares, respeitados os requisitos gerais do art. 299 do RIR/99 (art. 47 da Lei nº 4.506/64). Estes requisitos deverão ser verificados à luz dos gastos que se pretendeu custear, dependendo esta verificação da prova a ser feita pelo Fisco, que deverá demonstrar vínculo dos recursos ao gasto considerado indedutível, quantificando o montante destinado a tal gasto indedutível nos casos em que os instrumentos de sua contração/emissão não indicarem sua destinação com tal nível de detalhe. COMPRA ALAVANCADA. DESPESAS COM DEBÊNTURES ASSUMIDAS PELA SUCESSORA. DEDUÇÃO POSSÍVEL. A dedutibilidade de despesas com obrigações contraídas pela sucedida mas incorridas pela sucessora em virtude de previsão legal que protraí os efeitos fiscais de tais obrigações no tempo, tal como ocorre com despesas financeiras que devem ser reconhecidas pro rata temporis, depende da análise dos requisitos de dedutibilidade do art. 47 da Lei nº 4.506/64, mas tais critérios devem ser avaliados retrospectivamente, considerando-se sua necessidade para a sucedida no contexto de sua contratação. Tal avaliação, contudo, não permite ao Estado imiscuir-se na gestão dos negócios da Contribuinte e assumir o confortável papel de engenheiro de obra pronta para avaliar retrospectivamente e sem acesso a todas as informações que informaram a decisão dos administradores, se o mecanismo mais “adequado” de financiamento da aquisição era aquele. O critério de necessidade deve ser entendido como a mera correlação entre as atividades da empresa e os objetivos pretendidos de, ao fim e ao cabo, contribuir com a geração de receitas, ou seja, a contração de uma dívida deve ter sua necessidade aferida respondendo-se à simples pergunta sobre se aquele passivo visava à manutenção ou ao incremento dos resultados da entidade, por exemplo mediante a aquisição de outra pessoa jurídica. INCORPORAÇÃO. SUCESSÃO UNIVERSAL. ADOÇÃO PELO DIREITO TRIBUTÁRIO DOS EFEITOS ESTABELECIDOS PELO DIREITO CIVIL. O Código Tributário Nacional encampa a sucessão universal expressamente em seu artigo 132, que embora trate da sucessão para efeitos de cobrança do crédito tributário da sucedida, revela a opção pelo alinhamento com os efeitos atribuídos à incorporação pelo Direito Civil nos artigos 227 da Lei nº 6.404/76 e 1.116 do Código Civil. A Instrução Normativa SRF nº 07/81 demonstra a recepção dos

efeitos típicos do Direito Civil pelo Direito Tributário, pois determina o transporte à escrita fiscal da sucessora, dos valores cuja apropriação tenha sido diferida pela sucedida e que venham influenciar na determinação do Lucro Real de exercícios futuros, controle este que, nos termos da Instrução Normativa nº 28/78, item 1.2, “b” é feito na parte B do Lalur. O art. 109 do CTN permite à lei tributária atribuir a determinado instituto de Direito Privado efeitos tributários distintos daqueles que decorreriam de sua natureza civil, entretanto, inexistente ressalva nesse sentido relativamente aos efeitos da sucessão universal decorrente da incorporação. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2015, 2016 CSLL. BASE DE CÁLCULO. DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. SUJEIÇÃO AOS REQUISITOS GERAIS DE DO ART. 47 DA LEI Nº 4.506/64. A autonomia entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL é reconhecida pelo art. 2º da Lei nº 7.689/88, e foi exacerbada pelas alterações introduzidas pela Lei nº 8.034/90. Essa autonomia foi novamente reafirmada pela primeira parte do art. 13 da Lei nº 9.249/95, curiosamente ao aproximar as bases de cálculo de ambas por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do art. 47 da Lei nº 4.506/64. O art. 13 da Lei nº 9.249/95 veda algumas deduções do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL “independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964”, vale dizer, se a parte final do caput veda a dedução de algumas despesas ainda que preencham os requisitos gerais do art. 47 da Lei nº 4.506/64, é porque esta regra geral de dedutibilidade também se aplica à determinação da base de cálculo da CSLL.

Numero da decisão: 1201-006.333

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva e o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, que negavam provimento ao recurso. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque acompanhou o Relator apenas pelas conclusões. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque. (documento assinado digitalmente) Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente (documento assinado digitalmente) Lucas Issa Halah - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Nome do relator: LUCAS ISSA HALAH

Em meu entender não havendo vedação expressa a operação de compra alavancada no ordenamento jurídico, não vislumbro que a aquisição com empréstimo de terceiros no mercado possa macular de qualquer forma a operação, e por conseguinte, a dedutibilidade do ágio.

Nessa linha de raciocínio o seguinte precedente:

Numero do processo: 16327.721221/2021-13

Turma: Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Wed Mar 13 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Mon Apr 01 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2017, 2018 AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DE CONTROLADOR PARA ADQUIRENTE. FORMA DE FINANCIAMENTO É OPÇÃO DISCRICIONÁRIA DO CONTRIBUINTE. AFASTAMENTO DA TESE DE REAL ADQUIRENTE. A fonte de recursos para investimento é uma opção discricionária da empresa, que tanto pode ser por meio de recursos próprios, aporte de capital dos seus sócios, empréstimo junto a instituições financeiras ou emissão de títulos no mercado de capitais, não cabendo ao FISCO questionar a forma de financiamento da empresa. ÁGIO APURADO EM AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EXISTÊNCIA TERCEIROS INTERESSADOS COM PARTICIPAÇÃO RELEVANTE NO ALIENANTE. EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS PARA AQUISIÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO ÁGIO Apesar da empresa alienante e empresa adquirida estarem sob controle da mesma empresa havia participação relevante de empresa pública e acionistas minoritários no capital social da empresa alienante. Além disso houve a efetiva transferência de recursos, em dinheiro, do adquirente para o alienante. O ágio gerado é passível de utilização. AMORTIZAÇÃO REVERSA. EMPRESA-VEÍCULO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A diferença fundamental entre as operações de incorporação reversa entre controladora e controlada aqui analisada e aquelas nas quais a dedutibilidade do ágio tem sido rejeitada é que neste caso as duas participantes da operação eram empresas operacionais. As duas empresas estavam sob supervisão da SUSEP. E a as operações societárias estiveram sob apreciação dos órgãos reguladores CVM, SUSEP e BACEN, dependendo da autorização daquelas autarquias federais para a concretização dos operações societárias. AQUISIÇÃO REVERSA. PROPÓSITO NEGOCIAL. EXISTÊNCIA DE INTERESSE EXTRA-TRIBUTÁRIO. OPÇÃO DO CONTRIBUINTE As duas empresas, controladora e controladora exerciam atividade no mesmo ramo de negócios (seguro). A opção de mantê-las funcionando separadamente ou fusioná-las por meio de incorporação de uma pela outra, seria uma decisão que caberia ao grupo econômico ao qual as duas integravam. A decisão quanto a forma de integrar as duas seguradoras por incorporação, seja a controladora incorporando a controlada ou vice-versa, é uma decisão de cunho eminentemente da alçada do grupo econômico, uma vez que não há restrições legais para qualquer uma das operações societárias. Se a opção mais vantajosa economicamente foi a incorporação da controladora pela controlada por possibilitar a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio registrado na controladora, e não havendo restrição

legal para tal opção, não há óbice para exercê-la. ÁGIO, RENTABILIDADE FUTURA. LAUDO DE AVALIAÇÃO. VALIDADE. O laudo que fundamenta a realização do negócio é um documento de cunho estratégico para a empresa adquirente, e mantido em sigilo, por razões óbvias, até tempo depois da realização do negócio. Mas o estudo/laudo pode e deve ser arquivado, conforme previa o § 3º do artigo 20 do Decreto nº 1.598/77. A operação de aquisição de empresa envolve estudos e análises complexas pois os investimentos são de grande monta. Além dos estudos se iniciarem antes do fechamento dos negócios, decorrendo daí que não faria sentido os laudos apresentados ao FISCO serem elaborados em data posterior ou mesmo contemporânea ao fechamento do negócio, o que demonstraria que teriam sido elaborados apenas para atender uma exigência do Fisco. No presente caso, o estudo interno da controladora e os laudos apresentados, um inclusive preparado para subsidiar um comitê independente que participou das negociações chegaram a valores próximos do valor da empresa adquirida, o que valida o valor pago e o ágio apurado na operação. CSLL. GLOSA DA DESPESA DE ÁGIO FUNDAMENTADA NOS MESMOS FATOS DO LANÇAMENTO DO IRPJ. GLOSA AFASTADA. LANÇAMENTO CANCELADO. O fundamento para glosa da despesa de ágio da base de cálculo da CSLL decorreu da mesma imputação que fundamenta o lançamento do IRPJ, e tendo sido esta afastada, deve ser adotada a mesma decisão, cancelando-se o lançamento relativo à CSLL. MULTA ISOLADA, FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL DECORRENTE DA GLOSA DA DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. GLOSA AFASTADA. MULTA CANCELADA. A multa isolada foi aplicada porque houve apuração de estimativas mensais não recolhidas em decorrência da glosa das despesas de amortização do ágio. Considerando que a glosa foi afastada, restabelecendo-se as despesas de amortização do ágio, não há estimativa mensal de IRPJ e CSLL a ser exigida.

Do Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças, (Contrato de Aquisição da Ri Happy), firmado entre os vendedores sócios pessoas físicas (controladores) da Recorrente e o Comprador T4U Participações S/A, tendo como intervenientes-anuentes, dentre outros, a Ri Happy Brinquedos Ltda. e o Fundo Brasil de Internacionalização de Empresas Fundo de Investimento em Participações e o CTS Fundo de Investimento em Participações, já se aventava a possibilidade da ocorrência de uma eventual incorporação:

2.3.3. *O pagamento das Parcelas Semestrais será garantido aos Vendedores por Fiança Bancária a ser contratada pelo Comprador em benefício dos Vendedores. Caso ocorra a incorporação (definida na Cláusula 8.4 abaixo), a responsabilidade pela contratação da Fiança Bancária prevista nesta Cláusula deverá ser transferida para a própria sociedade, caso em que [...].*

8.3.1. A obrigação prevista na Cláusula 8.3 acima permanecerá em vigor a partir da Data de Fechamento e até o fim do prazo de 2 (dois) anos contados da data em que os Vendedores (considerados individualmente) e/ou o Comprador deixarem de ser acionistas da Sociedade, o que acontecer primeiro ("Prazo da Não-Concorrência").

8.4. Incorporação. A qualquer momento a partir da Data de Fechamento, o Comprador avaliará a conveniência de aprovar a (i) incorporação do Comprador pela Sociedade ou (ii) da Sociedade pelo Comprador, nos termos do artigo 227 da Lei das S.A., com a transferência, para a Sociedade ou para o Comprador, conforme o caso, de todos os bens, direitos e obrigações do Comprador ou da Sociedade, conforme o caso, e a consequente extinção, de pleno direito, do Comprador ou da Sociedade, conforme o caso, tornando-se a

-44-

Sociedade sucessora legal do Comprador ou o Comprador sucessor legal da Sociedade, conforme o caso, a título universal e para todos os fins de direito, em todos os seus direitos e obrigações ("Incorporação"). As Partes concordam que depois e como resultado da Incorporação as ações de emissão da sociedade que sobreviver deverão continuar a ser detidas na proporção de 85% (oitenta e cinco por cento) do capital total e votante para o Comprador e 15% (quinze por cento) do capital total e votante em conjunto pelos Vendedores. As Partes se obrigam a tomar qualquer medida que seja necessária para recompor tal participação caso ela venha a ser modificada de outra forma por força da Incorporação. Após a Incorporação, referências ao Comprador neste Contrato deverão passar a ser referências à Sociedade (ou vice-versa), sendo certo que a sociedade sobrevivente será capaz de exercer os direitos e obrigações conferidos ao Comprador neste Contrato, exceto pelas obrigações de indenizar previstas no Capítulo XI abaixo, que passarão a ser dos Controladores do Comprador, e/ou outras disposições em contrário expressas neste Contrato. A decisão sobre a forma que se dará a Incorporação está sujeita a uma avaliação dos aspectos operacionais, tributários e societários envolvidos e será decidida posteriormente pelo Comprador, a seu exclusivo critério, com o que os Vendedores desde já concordam e se obrigam a votar favoravelmente em qualquer deliberação societária sobre a Incorporação.

Dentro das premissas estabelecidas anteriormente, portanto, **não há óbice para utilização de empresa veículo e que, no caso concreto, ainda se mostrou necessária para viabilizar a aquisição alavancada.**

A dívida foi efetivamente contraída e necessária para a realização da aquisição da participação societária representativa de 85% do capital social e votante da Recorrente. Uma significativa parcela do preço pactuado foi objeto de financiamento (no caso, 10 parcelas semestrais, no valor total de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012), podendo-se concluir que o financiamento era peça chave no fechamento do negócio, aí pouco importando se o Grupo Carlyle tinha ou não os recursos financeiros necessários/próprios para realizar a aquisição e se os recursos vieram ou não do exterior.

Conforme relatoria do acórdão recorrido, a T4U Participações S/A era controlada pelos fundos de investimento FUNDO BRASIL e CTS, geridos pelo Grupo Carlyle, tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da RI HAPPY Brinquedos Ltda.

Seus controladores não poderiam assumir/contrair dívidas, pois a Instrução CVM nº 391, de 16/07/2003 (atualizada), que cuidou da regulamentação do Fundo de Investimentos em Participações, estabelece que é vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo, contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidades estabelecidas pela CVM.

A T4U Participações S/A não pode ser considerada uma empresa veículo, nos termos em que afirmado pela autoridade lançadora, entendo que, sim, a sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas. A transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido propósito negocial que justifica a existência da T4U Participações S/A.

A T4U Participações S/A foi, de fato e de direito, a sociedade que adquiriu a participação societária na Recorrente, tendo contraído uma dívida relevante que seria, na visão do Grupo Carlyle, honrada mediante fluxo de caixa gerado pela própria sociedade investida, a Ri Happy, sendo dado garantias aos vendedores por meio de fiança bancária, conforme consta no Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças, (Contrato de Aquisição da Ri Happy).

Sem a realização da incorporação da T4U pela Ri Happy, a dívida estaria no patrimônio da primeira, enquanto que os recursos para seu pagamento estariam no patrimônio da segunda, situação que poderia até perdurar, entretanto, quando se considera os valores envolvidos e seus pagamentos semestrais, atualizações, e reduções de custo de fianças bancárias com o Banco, não seria razoável manter a dívida numa pessoa jurídica e o fluxo de caixa necessário para seu pagamento na outra.

Aqui se verificou a tal "confusão patrimonial", que a autoridade lançadora não admitiu ter ocorrido. Trata-se de uma expressão surgida do encontro patrimonial entre o investidor e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ.

Como estabelecido, **não há na legislação de regência aplicável ao caso obrigação de apresentação de laudo, tampouco de identificar de forma restrita o fundamento econômico do ágio.**

Assim, **entendo deve ser revertida a glosa do ágio.**

Da mesma forma, **as despesas financeiras decorrentes dos empréstimos.**

Tais operações já foram objeto de análise no CARF, como ilustra o acórdão n. 9101-006.944:

Numero do processo: 16561.720011/2018-21

Turma: 1ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS

Câmara: 1ª SEÇÃO

Seção: Câmara Superior de Recursos Fiscais

Data da sessão: Tue May 07 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Mon Jun 03 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2013, 2014, 2015 RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. LAUDO DE AVALIAÇÃO EXTEMPORÂNEO. AUSÊNCIA SIMILITUDE FÁTICA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial. Não há que se falar em divergência, quando o acórdão recorrido não guarda similitude fática com o paradigma. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. Há divergência jurisprudencial se os acórdãos comparados, embora fundamentados em legislação distinta, adotam soluções diferentes em face de glosas motivadas por idênticas objeções consignadas na acusação fiscal a partir de operações societárias semelhantes nos pontos determinantes para decisão dos diferentes Colegiados do CARF. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. COMPRA ALAVANCADA. DEDUTIBILIDADE PELA INCORPORADORA DA ADQUIRENTE. EFEITOS DA SUCESSÃO. Firmada a premissa de que as despesas financeiras eram dedutíveis pela incorporada, não subsistem as glosas fundamentadas, apenas, na desnecessidade da despesa para manutenção da fonte produtiva da incorporadora. A incorporadora, em princípio, sucede a investida em todos seus direitos e obrigações.

Numero da decisão: 9101-006.944

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: i) por unanimidade de votos, não conhecer do Recurso Especial quanto à primeira matéria (amortização do ágio) e à segunda matéria (extemporaneidade do laudo de avaliação), votando pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa quanto a primeira matéria e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado quanto a estas duas matérias; e ii) por maioria de votos, conhecer do recurso quanto à terceira matéria, relativa à dedutibilidade das despesas com juros da compra alavancada, vencido o conselheiro Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior (relator). No mérito, por unanimidade de votos acordam em negar provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designada para redigir o voto vencedor quanto ao conhecimento e aos fundamentos de mérito a conselheira Edeli Pereira Bessa, que também manifestou intenção de apresentar declaração de voto. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pela conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó.

(documento assinado digitalmente) Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior - Relator (documento assinado digitalmente) Edeli Pereira Bessa - Redatora designada Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo (substituta) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Nome do relator: HELDO JORGE DOS SANTOS PEREIRA JUNIOR

(***)

Numero do processo: 16561.720082/2020-49

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu Feb 22 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Fri Mar 15 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2014, 2015 JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS. Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário. DOUTRINA. EFEITOS. Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável. ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído. NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2014, 2015 GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição. ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação. MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA. Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO. Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO. A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2014, 2015 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA. A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Numero da decisão: 1201-006.262

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto. (documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente (documento assinado digitalmente) José Eduardo Genero Serra - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Nome do relator: JOSE EDUARDO GENERO SERRA

Assim, **entendo deva ser afastada a glosa relativa às despesas financeiras.**

Ágio T4U I

Segundo consta do TVF, o ágio T4U 1, no valor de **R\$ 95.423.252,92**, surgiu a partir da aquisição, pela empresa veículo T4U 1, de 27% das ações da RI HAPPY, dos FIP CTS e Fundo Brasil, assim detalhada:

Em 18/07/2012, foi constituída a empresa "Shilo Participações Ltda., que tinha como sócios TMF Brasil Participações Ltda. e TMF Brasil Empreendimentos Ltda. e um capital social de R\$ 100,00. (doe. 077)

Em 20/08/2012 foi criado o FIP RHPBK, fundo constituído sob a forma de condomínio fechado e gerido pelo grupo Carlyle. De acordo com informação prestada por meio do relatório das Demonstrações Financeiras do FIP RH PBK do período de 27/08/2012 a 31/03/2013 (doe. 113) o início das operações do fundo se deu em 27/08/2012.

Em 24/08/2012 (doe. 077) os sócios da Shilo se retiraram da sociedade, transferindo 99 cotas para o FIP RHPBK, e 1 cota para o Sr. Hector Nuñez. Em seguida a sociedade é transformada de Limitada (Ltda.) para Sociedade Anônima (S.A.), a sua denominação social é alterada para "T4U 1 Participações S.A." (doravante T4U 1), o seu endereço é alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, o Sr. Juan Carlos Felix Estupinan, é um dos eleitos para o Conselho de Administração da, e são eleitos também Hector Nuñez para o cargo de diretor-presidente, e Maria Cecília do Nascimento para o cargo de diretora sem designação específica.

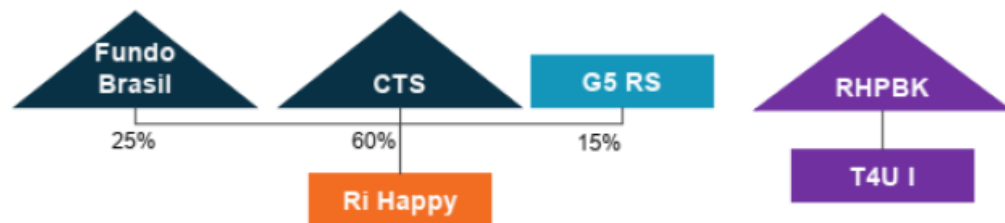
Em 27/08/2012 o capital social da T4U I é alterado para R\$ 135.900.000,00 mediante aporte de recursos feito pelo FIP RHPBK (doe. 079)

Em 27/08/2012 a T4U I ingressou no quadro de acionistas da RI HAPPY mediante a subscrição de 50.018.942 ações, no valor de R\$ 135.700.000,00. Os FIP Fundo Brasil e G5 RS subscreveram 13.269.579 e 11.168.563 ações respectivamente. O FIP CTS cedeu seu direito de preferência. Nessa etapa foi gerado um ágio no valor de R\$ R\$ 95.423.252,92. (doe. 073 - fl. 90)

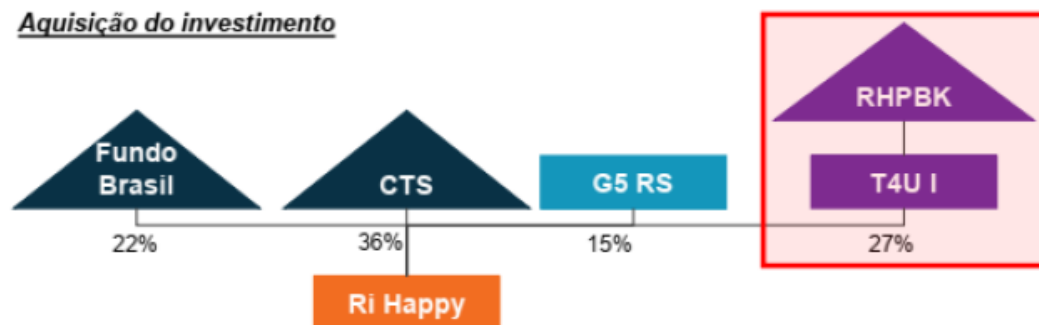
Em 28/11/2013 a T4U I foi incorporada pela RI HAPPY (incorporação reversa) (doe. 075 - fl. 06). Ficaram como sócios da RI HAPPY os FIP RHPBK, FUNDO BRASIL, CTS e G5 RS. O ágio da T4U I passou a ser amortizado a partir de dez/2013.

As estruturas societárias relevantes, antes e após o fechamento da operação, podem ser representadas conforme organogramas abaixo:

Estrutura inicial



Aquisição do investimento



Incorporação



Quanto à essa operação a Recorrente alega:

Alegações referentes da T4U I	
Alegação	Descabimento da alegação
<p><input type="checkbox"/> Alegação nº 1: a T4U I seria uma empresa-veículo. A Autoridade Fiscal também alegou que a T4U I teria tido o único propósito de possibilitar a dedução das despesas de ágio, de forma que a sociedade deveria ser desconsiderada na estrutura, sem que tenha ocorrido a absorção de patrimônio entre sociedade investidora e sociedade investida.</p>	<p>~ A T4U I não era uma empresa-veículo e a discussão quanto à (in)existência de “empresa-veículo” é, na verdade, descabida e irrelevante;</p> <p><input type="checkbox"/> Preenchimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio (artigo 7.º e artigo 8.º da Lei 9.532/97).</p>
<p><input type="checkbox"/> Alegação nº 2: o ágio seria interno. A Autoridade Fiscal alegou que o ágio registrado pela T4U I quando da aquisição de participação societária na Recorrente seria um ágio interno, gerado dentro de um grupo econômico. Nesse contexto, é importante notar que (i) será demonstrando que o ágio não é interno, tendo sido gerado em operação de partes independentes; e, ainda que o ágio tivesse sido gerado em operação realizada por partes com controle compartilhado (o que se admite apenas para argumentar), (ii) toda a argumentação da Autoridade Fiscal para tentar justificar a indedutibilidade do ágio está relacionada às normas contábeis vigentes durante o Regime Tributário de Transição (“RTT”). De fato, a Autoridade Fiscal alega que “o ágio gerado internamente a um grupo econômico, já não era aceito pela doutrina contábil”.</p>	<p>o Irrelevância da discussão quanto ao “ágio interno”;</p> <p>o Inexistência de “ágio interno”.</p>
<p><input type="checkbox"/> Alegação nº 3: o valor do ágio reconhecido pela T4U I teria sido “inflado”. A Autoridade Fiscal alegou que o valor do ágio estaria incorreto, pois o preço de aquisição não teria sido alocado a bens intangíveis (como a marca Ri Happy) e mais-valia de ativos.</p>	<p>o Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN);</p> <p><input type="checkbox"/> Impossibilidade de retroatividade do Método de Mensuração estabelecido pela Lei 12.973/14 (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN).</p>

Conforme estabelecido nas premissas, **a mera alegação de “ágio interno”, em meu entender, não é suficiente para impedir a dedutibilidade do ágio apurado.**

No caso, embora os fundos relacionados na operação tenham o mesmo gestor, as condições em que ocorrida a operação levam a crer que as operações ocorreram em condições de mercado e sem caracterizar a efetiva dependência entre as partes, conforme bem ilustrado abaixo:

(b.3) Terceiro argumento: Inexistência de “ágio interno”

O terceiro argumento para que o cancelamento da exigência referente ao ágio gerado pela T4U I é que não houve geração de “ágio interno”.

De acordo com a Autoridade Fiscal, o ágio decorrente do aporte de capital realizado pela T4U I não seria legítimo, pois o gestor do fundo RHPBK (então acionista da T4U I) era o mesmo do Fundo Brasil e CTS, o que impediria a formação de preço justo.

Com base nisso, a Autoridade Fiscal alegou que o ágio não encontraria respaldo para seu reconhecimento contábil, tendo citado o CPC 4, a Resolução CFC

1.110/07 e o Ofício-Circular CVM 1/07.

372. Conforme será detalhado a seguir, sob qualquer ângulo que se analise o caso, a alegação não merece prosperar, tendo em vista que: (i) o fundo G5 RS é terceiro não relacionado que tacitamente anuiu com o aporte de capital realizado pela T4U I, comprovando que o aporte de capital foi realizado em condições

estritamente comutativas (arm's length); (ii) não há vínculo societário entre o Fundo Brasil e CTS e RHPBK; e (iii) caso se considere que se deve considerar a relação entre a sociedade adquirente (RHPBK) e a sociedade adquirida (Recorrente), é também evidente que não há relação.

373. Conforme demonstra o boletim de subscrição, o ágio registrado pela T4U I decorre de um aporte de capital realizado por 3 investidores distintos na Recorrente: (i) a própria T4U I – que registrou o ágio em análise; (ii) o Fundo Brasil; e (iii) a G5 RS.

374. Primeiramente, o fato de a RHPBK e o Fundo Brasil terem sido geridos pelo mesmo gestor não permite às Autoridades Fiscais alegarem que não teria havido “formação de um preço justo dos ativos”, na medida que o próprio Laudo de Avaliação da Deloitte confirma e aprova o valor justo do investimento na Recorrente.

375. Fato é que a G5 RS é uma entidade absolutamente independente da T4U e do Fundo Brasil. Naquela época, o fundo G5 RS era gerido pela G5 Administradora de Recursos Ltda. (“G5 Administradora”). Conforme descrito no website da G5 (http://www.g5evercore.com/g5_socios.php) seus principais sócios são “Conrado Varoli”, “Marcelo André Lajchter” e “Renato Klarnet” – que não têm absolutamente nenhuma relação com o Grupo Carlyle que era gestora da RHPBK e o Fundo Brasil.

376. Portanto, em razão da absoluta independência entre T4U I, Fundo Brasil e G5 RS/G5 Administradora, há de se reconhecer que a formação do preço justo dos ativos foi realizada de forma absolutamente comutativa, entre partes independentes e fundamentado em laudo preparado pela Deloitte. Assim, a decisão de realizar o aporte de capital na Recorrente, bem como a determinação dos valores e avaliações forem realizadas de forma em arm's length, com a utilização de preços justos definidos entre partes inquestionavelmente independentes (RHPBK/Fundo Brasil e, de outro lado, G5 RS).

377. A respeito da inexistência de vínculo societário entre o RHPBK e o Fundo Brasil e CTS, a Recorrente entende pertinente tecer breves comentários quanto à figura do gestor de fundos de investimento – que não pode ser confundida com a figura do cotista ou acionista de sociedades com personalidade jurídica. As considerações são relevantes, na medida em que, como mencionado pela Recorrente, a Autoridade Fiscal está desconsiderando o real papel de um gestor de fundo de investimento.

(...)

382. Portanto, não há de se falar em ágio gerado por partes sob o mesmo controle. E, ainda que assim não o fosse, a alegação de que não seria possível aferir o preço justo da aquisição não se sustenta, pois, como já assentado acima, o valor atribuído às ações adquiridas pela T4U I foi determinado entre partes inquestionavelmente independentes (T4U I/Fundo Brasil e a G5), sendo

devidamente apurado por Laudo de Avaliação elaborado por sociedade especializada e independente, de modo que foi rigorosamente respeitada a comutatividade da operação e, portanto, o valor do ágio gerado na transação.

Além disso, a meu ver, os elementos indicados pela Recorrente, como a preservação dos subsidiários, bem como a diferente composição dos fundos de investimento, **são elementos que indicam que a operação foi realizada a valor de mercado, com independência das partes, autorizando-se a dedutibilidade do ágio.**

No tópico anterior, já enderecei que a acusação de utilização de empresa-veículo tampouco é suficiente para inviabilizar a dedutibilidade do ágio, **razão pela qual entendo deve ser dado provimento ao recurso.**

Ágio T4U II

Segundo o TVF, O ágio T4U II, no valor de **R\$ 66.881.151,94**, tem origem na aquisição, pela empresa veículo T4U II, dos 15% das ações restantes da RI HAPPY que, detidas indiretamente pelos sócios fundadores, estavam em nome do fundo G5 RS da RI HAPPY:

☐ Em 14/05/2013 (doc. 011) a sociedade BR Brasil Participações Ltda., cujos sócios são BR CPF Food Brazil Holdings 1 LP, BR CPF Food Brazil Holdings 2 LP, BR CPF Food Brazil Holdings 3 LP, sociedades constituídas em Delaware, é transformada de Limitada (Ltda.) para Sociedade Anônima (S.A.), a sua denominação social é alterada para BR Brasil Participações S.A. Seu capital social é de R\$ 100,00.

☐ Em 04/10/2013 (doc. 011 – fl. 42) a denominação da sociedade é alterada para "T4U II Participações S.A." (doravante T4U II), o seu endereço é alterado para Av. Brig. Faria Lima, 3900, prédio onde fica a sede da Carlyle no Brasil, o objeto social é alterado, ocorre a destituição dos membros do Conselho de Administração e, para ocupar seus lugares, são eleitos os senhores Juan Carlos Felix Estupinan, Fernando Cesar Dantas Porfírio Borges e Daniel Braga Sterenberg.

☐ Em 08/10/2013, é assinado o contrato de compra e venda de 15% das ações da RI HAPPY, detidas pelo FIP G5 RS. Como comprador, figura no contrato a T4 UII (doc. 011 – fl. 82).

☐ Em 23/01/2014, o FIP RHPBlc II, constituído sob a forma de condomínio fechado, inicia suas operações (doc. 119).

☐ Em 24/01/2014 ocorre a subscrição de 104.999.900 novas ações e o capital social da T4U II é alterado, de R\$ 100,00 para R\$ 105.000.000,00. Seus sócios nesse momento são o FIP CTS II, com 49,01% das ações, o FIP RHPBlc II, com 31,94% das ações e FIP Fundo Brasil com 19,05% das ações (doc. 11 – fl.57).

☐ Em 31/01/2014 são nomeados o Sr. Hector Nuñez, como diretor presidente, e o Sr. Antônio José Barbosa Guimarães para o cargo de diretor sem finalidade específica (doc. 102).

Em 31/01/2014 a empresa veículo T4U II adquire os 15% das ações restantes da RI HAPPY que, detidas indiretamente pelos sócios fundadores, estavam em nome do fundo G5 RS. Assim, o grupo Carlyle passou a deter 100% de participação acionária na companhia (doc. 011).

Em 28/02/2015, a T41L1 II é incorporada pela RI HAPPY (incorporação reversa) (doc. 011 - fl. 63). Em março de 2015 começou a ser amortizado o “ágio T41L1 II”.

No mesmo dia, 31/01/2014, a T41L1 II recebeu o aporte de dinheiro para integralização do capital social, no montante de R\$ 105.000.000,00, dos FIP CTS II, RHPBK II e Fundo Brasil, e transferiu o valor de R\$ 104.247.268,37 para o FIP G5 RS a título de aquisição das ações (doc. 003 – fl. 181)

As estruturas societárias relevantes, antes e depois da conclusão da aquisição do investimento pela T4U II podem ser descritas da seguinte maneira:



A recorrente alega resumidamente:

Alegações referentes da T4U II	
Alegação	Descabimento da alegação
1. Alegação nº 1: a T4U II seria uma empresa-veículo. A Autoridade Fiscal também alegou que a T4U II teria tido o único propósito de possibilitar a dedução das despesas de ágio, de forma que a sociedade deveria ser desconsiderada na estrutura, sem que tenha ocorrido a absorção de patrimônio entre sociedade investidora e sociedade investida.	<input type="checkbox"/> Sociedades holding não podem ser “automaticamente” consideradas como “empresas-veículos”, sendo certo que, no caso aqui tratado, ocorreu uma efetiva aquisição com pagamento de preço a partes não relacionadas.
2. Alegação nº 2: o valor do ágio reconhecido pela T4U teria sido “inflado”. A Autoridade Fiscal alegou que o valor do ágio estaria incorreto, pois o preço de aquisição não teria sido alocado a bens intangíveis (como a marca Ri Happy) e mais-valia de ativos.	<input type="checkbox"/> Inexistência de prazo para elaborar a demonstração do ágio à época dos fatos (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN); <input type="checkbox"/> Impossibilidade de retroatividade do Método de Mensuração estabelecido pela Lei 12.973/14 (artigo 30, §3.º do DL 1.598/77, artigo 5.º, incisos II e XXXVI e artigo 150 da Constituição Federal, artigo 1.º da LINDB, artigo 119 da Lei 12.973/14 e artigo 146 do CTN).

Como se verifica, a operação teve como objetivo aquisição da participação societária dos minoritários, indicando se tratar de relação entre partes não relacionadas.

Ademais, o fato de a T4U II se caracterizar ou não como veículo não autoriza a indedutibilidade do ágio. Da mesma forma, a alegação de que o ágio teria sido “inflado” já foi superado nesse processo administrativo, já que restou demonstrado que, para fins fiscais, na época dos fatos, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Além disso, não existia nenhuma formalidade aplicável na legislação que determinasse um período para a formalização para que o estudo que embasava o ágio fosse elaborado. **Essas exigências apenas passaram a existir com a edição da Lei 12.973/14.**

Por fim, **quanto à discussão de qualificação da multa e sobre a imposição de responsabilidade solidária**, deixo de me manifestar em face da perda do objeto das discussões, ou, em outras palavras, em face do provimento integral às razões do recorrente.

Conclusão

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário para afastar a glosa de despesas financeiras decorrentes da compra alavancada e; afastar as glosas de ágio.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho**

Em sessão de julgamento de 17 de julho de 2024, solicitei vistas dos autos, para fins de elucidar questões fático-jurídicas que me pareceram relevantes, a partir dos debates suscitados em plenário e sustentações orais feitas pelos patronos do contribuinte e Procuradoria da Fazenda Nacional. Manifestei interesse em realizar declaração de voto para registrar tais reflexões, que se complementam às razões expostas pelo Relator no sentido de dar provimento ao recurso voluntário da Recorrente.

Dentre os pontos de controvérsia, chamaram-me a atenção os aspectos relacionados à chamada “compra alavancada” (sua utilização na estrutura de aquisição da participação societária com ágio, bem como a dedutibilidade das despesas financeiras após a incorporação), tema que até aquele momento não havíamos enfrentado nesta Turma e que consiste em matéria de intensos debates na atual jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Em curta síntese, a estratégia de financiamento em questão foi objeto de atenção no TVF, nos seguintes termos (grifos nossos):

Atingiu-se, ainda, um objetivo que poderíamos, superficialmente classificar exclusivamente como financeiro: o passivo correspondente ao empréstimo tomado para financiar parte da operação, com o uso da estratégia de investimento denominada aquisição alavancada, foi transportado para a investida, para ser por esta suportado.

Porém, esse objetivo, ou essa vantagem, não se reflete apenas no campo financeiro.

Pois não se trata, aqui, apenas de viabilizar um mecanismo pelo qual a RI HAPPY suportasse parte dos custos de sua própria aquisição. Trata-se de, ao mesmo tempo, obter vantagens tributárias. **Assim, na aquisição alavancada os objetivos financeiro e tributário da operação se fundem.**

(...)

Assim, o quadro acima deixa claro que sendo os encargos do passivo suportados pela RI HAPPY, a (indevida) redução de sua carga tributária corresponde, na prática, a pagamento feito pelo Tesouro brasileiro (na forma de tributos não recolhidos) de obrigação devida pelos Investidores.

Ocorre que a legislação tributária brasileira veda tal distorção. Conforme será demonstrado no tópico que trata da Verificação da dedutibilidade das despesas financeiras, as despesas com juros desse passivo não são tributariamente dedutíveis para a RI HAPPY por não atenderem ao disposto no artigo 47 da Lei nº 4.506/64, base legal do artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda.

(...)

Assim, devemos nos perguntar: as despesas incorridas para dar suporte a esses ativos devem ser consideradas necessárias à atividade e à manutenção da fonte produtora da RI HAPPY? Essas despesas são pagas ou incorridas pela RI HAPPY

para a realização das transações ou operações exigidas por sua atividade? Vejamos:

Quanto ao ATIVO 1, a resposta evidente a essas perguntas é negativa. As despesas incorridas pela RI HAPPY em decorrência de financiamento do ATIVO 1, ou seja, de financiamento de parte da participação na RI HAPPY detida pelos FIP, de modo algum são necessárias à atividade ou à manutenção da fonte produtora da RI HAPPY. Da mesma forma, não são pagas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da RI HAPPY, mas sim para a quitação de obrigações assumidas pelos Investidores em seu próprio favor. Portanto, os encargos que financiam o ATIVO 1 não configuram despesas dedutíveis para a RI HAPPY.

Quanto ao ATIVO 2, devemos observar que a presença de um ágio no ativo de uma empresa não faz aumentar suas receitas ou seu lucro; tampouco faz com que ela produza mais bens ou serviços. O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, como é o caso do ágio que se encontrava contabilizado na T4U previamente à incorporação, é apenas uma medida do valor antecipadamente desembolsado por um lucro que se espera que seja futuramente gerado pela investida. A percepção desse lucro não decorre da titularidade do próprio ágio, mas sim da titularidade da correspondente participação societária adquirida. No caso, titulares são os FIP, não a RI HAPPY. Assim, enquanto o ATIVO 1 rende para os FIP os resultados obtidos pela RI HAPPY, o ATIVO 2 em nada beneficia a RI HAPPY.

Do ponto de vista da Recorrente, são dois os aspectos suscitados relativos à operação de compra alavancada: (a) o fato de que tal instrumento de financiamento da operação (compra alavancada) tratou-se de aspecto essencial à estrutura negocial da operação societária realizada; (b) e que, à luz do RIR/99, após a incorporação, tais despesas são dedutíveis pela incorporadora, considerando que não foi ela a realizar a “aquisição inicial”.

Compra alavancada. Empresa veículo. Ágio. Propósito negocial.

O primeiro aspecto é significativo, pois tem potencial de – sem ingressar no mérito da pertinência da utilização do conceito - evidenciar um propósito negocial “extratributário” da utilização da T4U, “empresa-veículo” e, portanto, pode significar aspecto relevante a se considerar quanto à legalidade da operação, em especial se tomado como premissa o entendimento jurídico (recorrentemente de que operações envolvendo “empresa-veículo”, quando explicadas por questões regulatórias, negociais, concorrenciais, se justificam também do ponto de vista tributário para fins de aproveitamento do ágio.

A respeito da utilização de “empresa-veículo” para aquisição de participação societária com ágio e posterior incorporação (direta ou reversa), reunindo-se as condições para dedutibilidade do ágio, manifestei-me de forma pormenorizada no voto vencedor do Acórdão nº

1101-001.373. Destaco os seguintes trechos mais relevantes para o presente caso, que apenas se somam às razões já sustentadas pelo Relator:

As chamadas “empresas-veículo” são, tipicamente, “holdings”, cujo objeto social é a participação no capital social de outras empresas, hipótese expressamente prevista pela Lei 6.404/19776:

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

[...]

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

A legislação ainda prescreve que as sociedades podem ter propósitos específicos (como realizar apenas um único negócio predeterminado), ou mesmo prazo determinado, a teor dos artigos 997, II, e 981 do Código Civil. Sociedades efêmeras, cujo objeto social é tão somente a participação societária ou a realização de um negócio jurídico não são estranhas ao Direito brasileiro. Pelo contrário, são possibilidades expressamente previstas pela legislação.

Tais organizações empresariais não podem, obviamente, ser comparadas com sociedades com objeto social industrial ou comercial, por exemplo. É natural que suas estruturas físicas sejam distintas, que tenham poucas (ou nenhuma) despesa, que não tenham funcionários.

Todavia, sua efetiva existência, validade e eficácia jurídicas são incontestáveis, eis que, devidamente constituídas, registradas e praticados os atos societários e fiscais a elas impostos, cumpridas as formalidades previstas em Lei e sem vícios que os maculem, são empresas efetivamente existentes para todos os fins.

Assim, no que tange à matéria discutida nos presentes autos (ágio), a utilização da empresa veículo, ainda que de natureza efêmera, e cujo objeto social restringe-se à participação societária, não é por si só, ilícita para fins dos efeitos tributários, senão quando demonstrada, de forma cabal, a simulação (ou outro vício) do negócio jurídico, o que não é o caso em tela, cujo TVF não aprofunda tal percurso argumentativo.

A utilização de empresas como veículo de investimento não se situa apenas no âmbito da liberdade de conformação e estruturação dos negócios por parte dos particulares (o que de fato é verdade, inclusive por expressa possibilidade da Lei das S.A e do Código Civil), mas, no caso específico da aquisição de participações societárias com ágio, sob a vigência da Lei 9.532/1997, constitui parte essencial do “design normativo” escolhido pelo legislador.

A Lei 9.532/1997, criada no contexto das privatizações, não apenas passou a regular a dedutibilidade do ágio, mas expressamente permitiu seus efeitos em caso de incorporação “reversa” (até então não tratada na legislação sobre o

tema), atendendo justamente à necessidade dos investidores nas privatizações (fundos de pensão, investidores estrangeiros, dentre outros) de realizar a aquisição das participações societárias mediante interposição de um veículo de investimento, por limitações regulatórias, de mercado, de estrutura de capital ou mesmo de contingências societárias.

Ao fazê-lo, muito mais do que apenas simplesmente cancelar a “incorporação reversa”, a Lei 9.532/1997 estabeleceu expressamente que a sistemática do ágio poderia envolver a utilização de um veículo de investimento, o qual seria incorporado pela empresa operacional. A utilização da empresa veículo é, então, parte essencial do arranjo normativo escolhido pelo legislador ao tratar do ágio e não mera opção subsidiária, acidental e menos ainda indesejada.

Os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 são verdadeiras normas indutoras de operações de fusão, cisão e incorporação de empresas investidas adquiridas com ágio e “de utilização de empresas veículos como forma de atração de investimentos, denotando o forte interesse do legislador em ampliar a abrangência do art. 20 e em estimular o aproveitamento fiscal do ágio”. A meu ver, esse contexto econômico, e a expressa possibilidade de incorporação reversa do veículo de investimento são dados inescapáveis na interpretação do texto legal, do que se conclui que a empresa-veículo é não só aceita como foi expressamente prevista (e até incentivada) pelo legislador.

A tese do “real adquirente” ou “real investidor” (ou “Beneficiário Efetivo do Planejamento Tributário”, expressão utilizada no TVF nos presentes autos), comumente suscitada para justificar a glosa da despesa com ágio, além de não encontrar respaldo legal, e contrariar a expressa previsão legal na Lei 9.532/1997, implica em um questionável campo fértil para a insegurança jurídica, pois a pretensão de identificar a “fonte” dos recursos financeiros é não só difícil como mesmo impossível, se levada a premissa do “ônus financeiro” às últimas consequências. Considerando a interdependência complexa das sociedades e mercados, como identificar a “fonte originária” de um recurso financeiro que, até chegar ao “destino final”, atravessa negócios jurídicos de dívida, crédito, alienações, integralizações, subscrições? Sob a ótica do “poder decisório”, tampouco há estabilidade jurídica da tese do “real adquirente”, eis que este igualmente pode se apresentar de forma interposta, pulverizada e em sucessivos níveis verticais de controle.

Assim, a utilização de empresa-veículo é, a meu ver, plenamente válida para fins de aproveitamento das consequências do ágio pago na aquisição de participação societária. Por si só, não é justificativa suficiente para a glosa da despesa, tal como no presente caso.

(...)

reagindo às diferentes situações que se apresentam na realidade das operações societárias, cada vez mais complexas, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais analisou a temática da “empresa-veículo” em dezenas de acórdãos ao

longo dos últimos anos. Passou inclusive a identificar circunstâncias nas quais a utilização de uma empresa como adquirente responde a necessidades econômicas e negociais concretas, que ultrapassam a mera economia tributária. Condicionantes regulatórias, comerciais, societárias, e de financiamento representariam, então, propósitos legítimos para utilização de tal estrutura societária.

Dentre os precedentes que vem observando tais particularidades e chegando a essa conclusão, destaco, dentre os mais recentes, o seguinte julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF (Acórdão nº 9101-006.940 de 07/05/2024):

(...)

À luz do exposto, para além do entendimento particular deste Conselheiro acima delineado, esta Turma vem reconhecendo a possibilidade de sua utilização, e a validade das estruturas assim montadas, à luz dos entendimentos acima apresentados, mormente quando apresentada justificativa comercial, societária, de financiamento, regulatória; isto é, justificativa “negocial” em sentido amplo. Nesse sentido o Acórdão nº 1101-001.372.

Não é raro que a “empresa veículo” funcione não apenas como um “veículo de aquisição” da participação societária, mas também como um “veículo de financiamento” da operação, viabilizando a comunhão de recursos financeiros que viabilizam o negócio, como costuma ocorrer no contexto de operações de *private equity*, e com empresas em maior estágio de maturação mas que, na visão dos investidores, estejam performando abaixo de suas capacidades ou estejam subavaliadas, com potencial de melhora de seus indicadores sob nova gestão¹. O chamado *buyout* (compra do controle) pode se dar de diversas formas, pela gestão, por funcionários, ou por meio de dívidas contraídas com terceiros².

Em específico sobre as operações de “compra alavancada” (*leveraged buyout*), cumpre alguns esclarecimentos adicionais. Em tais estruturas, uma sociedade se endivida no mercado (seja com instituições financeiras propriamente ditas, seja com seus controladores ou empresas ligadas) para, com o capital amealhado, realizar investimentos, inclusive a aquisição de outras sociedades. Essa dívida representa um passivo e, conseqüentemente, despesas financeiras a serem incorridas ao longo de um horizonte de tempo.

Carlos Augusto Daniel Neto assim explica o mecanismo:

“A estrutura desse tipo de investimento segue um padrão comum (não obstante a presença de pequenas variações na prática), envolvendo a presença de investidores, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas que se comprometem a aportar capital próprio nos veículos de investimento, administrados por uma gestora profissional. A gestora se compromete a tomar decisões de investimento, adquirindo participações societárias em empresas-alvo, como venture capital ou

¹ <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/valuation/buyout/>

² <https://online.hbs.edu/blog/post/types-of-private-equity>

como buyout, e, após um determinado período, realizar desinvestimentos para devolver o capital aos investidores, com o lucro auferido³”.

Há diversas razões econômicas ou negociais para a adoção de tal estrutura de financiamento. Estudos nacionais⁴ e internacionais⁵ apontam algumas delas, dentre as quais naturalmente também se inclui a possibilidade de dedução fiscal das despesas financeiras: (a) melhoria de desempenho e eficiência operacional; (b) ferramenta de comportamento da gestão e disciplina da dívida (discipline of debts); (c) ganhos derivados de escala; (d) sinergia; (e) estratégia; (f) ganhos derivados do escudo fiscal.

As vantagens extratributárias da compra alavancada já foram reconhecidas por este Conselho, inclusive em julgados recentes. Apenas a título exemplificativo, em específico sobre as justificativas econômicas e gerenciais, consignou o acórdão 1301-006.709, de 19 de outubro de 2023, os seguintes aspectos, inclusive evidenciando a importância do mecanismo no âmbito de aquisições realizadas por Fundos de Investimento em Participações, que é justamente o caso em tela:

ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE.

As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Como observa Paulo Rosenblatt, nessa estrutura “o investidor adquire o controle societário de determinada empresa, e uma parcela significativa do preço incorrido é financiada

³ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A Amortização Fiscal do Ágio Gerado em Operações de Compra Alavancada de Participações Societárias. In ALBUQUERQUE, Fredy Jose Gomes (coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF. Tributação sobre a Renda (IRPJ/CSLL). Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 66-67.

⁴ https://bdta.abcd.usp.br/directbitstream/04eeb00e-e588-42e7-9fd1-604dc22bcf47/Mafud_Mario_Darahem.pdf

⁵ [https://thesis.eur.nl/pub/10941/Schipperus,%20O.T.%20\(321589\).pdf](https://thesis.eur.nl/pub/10941/Schipperus,%20O.T.%20(321589).pdf)

por meio de dívida tomada pelo comprador. **Isto é, a criação da empresa e o seu endividamento foram necessários à concretização do negócio**".⁶

Portanto, a estrutura de compra alavancada é plenamente justificável do ponto de vista econômico e comercial, o que ratifica a validade das operações com a empresa-veículo, inclusive se consideradas as premissas acima apresentadas no sentido de "maior justificação" da empresa veículo na existência de razões extratributárias para sua criação, ainda que de vida efêmera.

Em consequência, entendo que a criação da T4U, como empresa-veículo que visava justamente permitir a estruturação do mecanismo, haja vista as limitações do FIP, tem plena justificativa para além da razão tributária.

Mesmo para os que advogam a respeitável tese de que o ágio gerado através de uma empresa-veículo se justifica apenas sob determinadas circunstâncias – de ordem regulatória, comercial, financeira, societária - parece-me que este é um destes casos em que é necessário "separar o joio do trigo", concluindo que a empresa tem propósito negocial justificado.

Tal entendimento também consta de outros acórdãos do CARF, a exemplo do seguinte julgado, envolvendo a mesma estrutura de financiamento, utilizada pelo mesmo "Grupo Carlyle" (Caso CVC):

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade - além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada "compra alavancada", é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99. (CARF Acórdão nº 1301-003.469 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Rel. Carlos Augusto Daniel Neto)

Reitere-se que, em outro caso envolvendo o mesmo contribuinte destes autos e os mesmos fatos, o CARF também validou a operação (acórdão 1401-003.082 – 22/01/2019):

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada "compra alavancada", é legítimo o aproveitamento das amortizações do

⁶ ROSENBLATT, Paulo; MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto. Nem tanto ao Céu, nem tanto à Terra: repensando a Aplicação do Propósito Negocial a partir de uma Análise da Recente Jurisprudência do CARF. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 43, p. 499–523, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1458>. Acesso em: 4 jul. 2024.

referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

Portanto, assiste razão à Recorrente.

Compra alavancada. Dedutibilidade da despesa financeira após a incorporação.

O segundo ponto a chamar a atenção diz respeito à dedutibilidade das despesas financeiras após a incorporação reversa. Há alguns aspectos a observar.

O primeiro é de que, de acordo com o artigo a Lei 6.404, na operação de incorporação, a sociedade incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, sub-rogando-se na despesa financeira. Referida norma também consta do art. 1.116 do Código Civil:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Trata-se de sucessão universal. Sobre este ponto Modesto Carvalhosa leciona:

“A incorporação leva à sucessão universal, compreendendo, portanto, todos os direitos, obrigações e responsabilidades da incorporada pela incorporadora. Há nítida distinção entre incorporação e dissolução também nesse particular. Isto porque, na extinção por dissolução (art. 206 a 218), os sócios, ao receberem haveres da sociedade liquidada, tornam-se responsáveis pelos vícios dessa mesma liquidação, se remanescerem direitos dos credores não satisfeitos na partilha. Já na incorporação, a incorporadora sucede em todos os seus direitos, obrigações e responsabilidades dos negócios em curso, que se mantêm íntegros quanto ao direito material que representam, nos prazos convencionais ou legais. A sucessão universal não comporta nenhum vício eventual. Muito pelo contrário, ela decorre da continuidade das obrigações e direitos que são agregados à incorporadora, assim como das responsabilidades que daí decorrem.”⁷

Tal regra de sucessão há de se aplicar à esfera tributária, seja por aplicação do art. 109 do Código Tributário Nacional, seja pelo artigo 132, que atribui à incorporadora a sucessão tributária. Se a sucessão se aplica aos tributos devidos, parece lógico aplicar-se igualmente às despesas.

⁷ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Tomo I - Art. 206 a 242, V. 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

Aponta-se no TVF a questão da “necessidade” da despesa, questionando-se não ser possível considerar despesa necessária da pessoa jurídica – e, portanto, dedutível – o custo financeiro da aquisição “de si mesma”. Sobre tal argumento, aponta Karen Jureini Dias⁸:

Ocorre que, no caso de compras alavancadas, nas quais o comprador recorre ao mercado para captação dos recursos necessários para a aquisição, existe um sacrifício econômico adicional ao pagamento do preço a partir do qual se registram os saldos de goodwill e mais-valia. Trata-se justamente dos encargos financeiros que, ao lado do preço (valor nominal) pago, representam o sacrifício econômico para aquisição daquela expectativa de rentabilidade futura atrelada ao negócio adquirido.

Dessa forma, do mesmo modo que o goodwill e mais-valia, à luz do matching principle, devem ser descontados da futura rentabilidade do negócio a fim de se apurar a renda líquida tributável, também deverão sê-lo os encargos associados ao financiamento da aquisição.

Há ainda de se considerar um aspecto de igualdade tributária quanto à capacidade contributiva de distintos contribuintes em situação idêntica. Não é possível concluir que devem ser tratados diferentemente apenas pela forma de financiamento adotada: se interna, com recursos próprios, ou externa.

Ainda, outro aspecto de igualdade deve ser considerado, que diz respeito à necessidade de coerência entre o tratamento a ser dado à investidora e à investida, bem como na incorporação reversa em relação à incorporação direta.

O Conselheiro Fernando Brasil, no acórdão 1402-002.119, destaca este ponto:

Discordo da decisão recorrida justamente a partir daí: como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?

A meu ver, a teor do que dispõe o art. 374 do RIR/99, as despesas com juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional.

(...)

Retornando ao art. 374 do RIR/99, especificamente em seu inciso II, resta evidente que os juros pagos na aquisição de investimentos são dedutíveis. Ainda que tal dispositivo trate da necessidade de ativação de tais despesas financeiras durante a fase préoperacional da pessoa jurídica, fecha-se qualquer dúvida a respeito de sua dedutibilidade. Peço vênia para novamente destacar a redação de

⁸ DIAS, Karem Jureini; LAVEZ, Raphael Assef. Compra Alavancada de Empresas e Dedutibilidade das Despesas Financeiras. In: OLIVEIRA, José André W. Dantas; SANT’ANNA, Carlos; ROSENBLATT, Paulo (orgs.). Direito Tributário: estudos em homenagem à Ricardo Mariz de Oliveira. 1ª ed. Recife, PE: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção PE, 2023. Pág. 374-390.

tal dispositivo: os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados. Ora, caso a pessoa jurídica não se encontre em fase pré-operacional, como no caso de KORCULA, ou ainda BREPA se não houvesse a interposição da empresa veículo, não há dúvidas que tais despesas são dedutíveis de imediato, exceto nas hipóteses em que a própria legislação impõe limites a tal dedutibilidade, como no caso de juros pagos a controlador no exterior (preço de transferência) ou subcapitalização, matérias sequer questionadas pela autoridade lançadora.

E, sendo a despesa dedutível pela holding, se esta vem a ser incorporada pela investida, como, aliás, permite explicitamente o art. 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97 para fins de amortização de ágio, a despesa antes dedutível assim permanecerá sendo na sucessora, por força do disposto no caput do art. 227 da Lei nº 6.404/76

Por fim, vale notar que o tema foi objeto de recente julgamento pela Câmara Superior, em acórdão de 07/05/2024, que restou a seguir ementado (Acórdão 9101-006.944):

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. COMPRA ALAVANCADA. DEDUTIBILIDADE PELA INCORPORADORA DA ADQUIRENTE. EFEITOS DA SUCESSÃO. Firmada a premissa de que as despesas financeiras eram dedutíveis pela incorporada, não subsistem as glosas fundamentadas, apenas, na desnecessidade da despesa para manutenção da fonte produtiva da incorporadora. **A incorporadora, em princípio, sucede a investida em todos seus direitos e obrigações.**

Assim, igualmente assiste razão à Recorrente no ponto.

Papel do “Grupo Carlyle”. Distinção gestor, administrador e cotista. Tese do “real adquirente”.

Por fim, a respeito da figura do “real adquirente”, suscita o TVF em diversas passagens que as estruturas formais deveriam ser desconsideradas em face do papel exercido pelo Grupo Carlyle, o qual seria o “real adquirente”. Além disso, o ágio seria reputado “interno”, por ter sido “gerado dentro do grupo econômico”, uma vez que “a participação acionária da RI HAPPY é transferida um fundo de investimento do grupo Carlyle para outro fundo de investimento do grupo Carlyle”.

Para além das observações acima já empreendidas quanto à pertinência do conceito de “real adquirente”, é importante observar que as figuras de gestor, administrador e cotista dos fundos de investimento não se confundem entre si, em atribuições, responsabilidades e titularidade de patrimônio.

Para a ICVM 555, o administrador do fundo de investimento é a:

“Pessoa jurídica autorizada pela CVM para o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários e responsável pela administração do fundo”, sendo que a administração do fundo de investimento compreende “o conjunto de serviços relacionados direta ou indiretamente ao funcionamento e à manutenção do fundo, que podem ser prestados pelo próprio administrador ou por terceiros por ele contratados, por escrito, em nome do fundo”.

A ICVM 558 não destoa, ao dispor que:

A administração de carteiras de valores mobiliários é o exercício profissional de atividades relacionadas, direta ou indiretamente, ao funcionamento, à manutenção e à gestão de uma carteira de valores mobiliários, incluindo a aplicação de recursos financeiros no mercado de valores mobiliários por conta do investidor.

Nesta toada, o administrador é responsável por todo o aparato necessário para o funcionamento do fundo, inclusive representar o fundo de investimento legalmente, razão pela qual é comum ser ele o foco da regulamentação.

Trata-se de atividade altamente especializada e sob a égide da CVM por força da Lei 6.385, em especial o seu art. 233.

Por outro lado, segundo o §3º do art. 78 da ICVM 555, a gestão da carteira consiste na gestão profissional dos ativos financeiros dela integrantes, desempenhada por pessoa natural ou jurídica credenciada como administradora de carteiras de valores mobiliários pela CVM, tendo poderes para: (i) negociar e contratar, em nome do fundo de investimento, os ativos financeiros e os intermediários para realizar operações em nome do fundo, bem como firmar, quando for o caso, todo e qualquer contrato ou documento relativo à negociação e contratação dos ativos financeiros e dos referidos intermediários, qualquer que seja a sua natureza, representando o fundo de investimento, para todos os fins de direito, para essa finalidade; e (ii) exercer o direito de voto decorrente dos ativos financeiros detidos pelo fundo, realizando todas as demais ações necessárias para tal exercício, observado o disposto na política de voto do fundo.

No entanto, apesar de o fundo de investimento estar umbilicalmente ligado ao administrador, ainda que a título de apenas administração fiduciária, o patrimônio do fundo de investimento não se confunde com o do administrador, tampouco com o do gestor.

Neste sentido é a doutrina:

“Embora não tenha personalidade jurídica, o fundo tem capacidade postulatória; patrimônio próprio e distinto do patrimônio dos quotistas, do gestor e do administrador; escrituração contábil própria; órgão representativo dos investidores, que é a assembleia geral, com caráter deliberativo e sem funções executivas; gestão profissional; auditoria e custodiante” (FERREIRA, Renato Luis Bueloni. Fundos de Clubes de Investimento, in SOUZA JR, Francisco Satiro (Coord.) Direito, Gestão e Prática: Mercado de Capitais, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 183).

“Como vimos, o administrador age sempre por conta e ordem dos fundos que administra e como prestador de serviços que é. E nessa condição, o administrador se vê obrigado a contrair regularmente obrigações financeiras de diversas espécies. Mas, ainda que estas se mostrem, ao final, desfavoráveis, tais obrigações são exigíveis exclusivamente dos fundos, e, por consequência, dos respectivos cotistas, ainda que eventualmente disponham estes de direito de regresso em face do administrador.” (MONTEIRO, Rogério. Responsabilidades do Administrador de Fundos de Investimento, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol. 30, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.290)

Tanto é verdade que os cotistas respondem pelo eventual PL negativo, sem prejuízo da responsabilidade de administrador e gestor, nos termos da ICVM 555:

Art. 15. Os cotistas respondem por eventual patrimônio líquido negativo do fundo, sem prejuízo da responsabilidade do administrador e do gestor em caso de inobservância da política de investimento ou dos limites de concentração previstos no regulamento e nesta Instrução.

Veja-se a lição de Herbert Morgestern sobre o tema, em recente publicação que verticaliza o tema (“O Poder de Controle no Fundo de Investimento, 2024”):

Como visto, nada impede que o administrador do fundo, mediante previsão no regulamento do fundo, delegue a terceiros o exercício de parte dos seus afazeres.

Dentre os terceiros costumeiramente contratados, ainda que não seja obrigatório, é o gestor, o qual passa a gerir a carteira de ativos do fundo.

Segundo o §3º do art. 78 da ICVM 555, a gestão da carteira consiste na gestão profissional dos ativos financeiros dela integrantes, desempenhada por pessoa natural ou jurídica credenciada como administradora de carteiras de valores mobiliários pela CVM, tendo poderes para:

(i) negociar e contratar, em nome do fundo de investimento, os ativos financeiros e os intermediários para realizar operações em nome do fundo, bem como firmar, quando for o caso, todo e qualquer contrato ou documento relativo à negociação e contratação dos ativos financeiros e dos referidos intermediários, qualquer que seja a sua natureza, representando o fundo de investimento, para todos os fins de direito, para essa finalidade; e

(ii) exercer o direito de voto decorrente dos ativos financeiros detidos pelo fundo, realizando todas as demais ações necessárias para tal exercício, observado o disposto na política de voto do fundo.

No entanto, apesar dessa nossa presunção acerca do intuito do legislador e regulador, fato é que, pelo regramento posto, **o administrador não é soberano no fundo de investimento, vez que não detém o real controle sobre o regulamento do fundo de investimento**, o qual determina todas as facetas do fundo (inclusive a sua permanência), como também presta contas aos cotistas, aos quais cabem aprová-las ou não.

Na realidade, as prerrogativas conferidas ao administrador pela regulamentação podem dar azo a uma forma de controle gerencial, **o qual, contudo, está subordinado à omissão ou ação do verdadeiro titular do poder de controle fundo de investimento - os cotistas -, estabelecendo-se verdadeira relação fiduciária entre o administrador (e gestor) e o controlador do fundo de investimento.**

Assim, não entendemos que as atribuições conferidas ao administrador, tampouco ao gestor, tornam-no titular do poder de controle sobre o fundo.

(...)

O fundo de investimento atua por meio do administrador com relação ao mundo exterior dele, sendo que tal poder de dispor dos bens integrantes do administrador do fundo de investimento não deriva dos cotistas, mas da norma legal, faceta que revela mais uma vez as peculiaridades do condomínio especial constituído pelo fundo de investimento.

Contudo, o fato de estar concentrado no administrador ou gestor do fundo de investimento a forma pela qual se dispõe dos bens do fundo não implica em conferir a eles o poder de controle do fundo de investimento.

(...)

Assim, pela sistemática da ICVM 555 e ICVM 558, **os poderes conferidos ao administrador são outorgados pelo regime jurídico do fundo de investimento** de forma a cumprir tais desideratos, os quais, por sua vez, **não são determinados pelo administrador ou gestor, mas pelos cotistas, sendo que estes, ao aceitaram certo administrador ou gestor o fazem convictos de que esses serão os melhores para administrar e gerir a carteira dentro de tais parâmetro.**

Há, portanto, nítida separação entre as figuras do gestor, do administrador e do cotista.

Não procede a alegação do Fisco de ser relevante a figura do Grupo Carlyle, como “real adquirente”, mas tampouco como apta a configurar o ágio como “interno”. O gestor é prestador de serviço do condomínio de cotistas que constitui o fundo de investimento. Com este e com aqueles não se confunde.

A definição da política de investimentos e regimento geral do fundo de investimentos se dá pelo regulamento. Gestor e administradores são prestadores à serviço dos cotistas.

Não se desconsidera o fato de que há influência econômica dos gestores e administradores em tais estruturas, assim como reconhece a doutrina e a própria regulação. Todavia, tal circunstância, por si só, desacompanhada do devido aprofundamento no lançamento tributário, não faz com que o ágio possa ser reputado “interno”, como se formado dentro de um grupo econômico, tal como afirmado pelo TVF, para fins de vedar sua dedutibilidade.

Portanto, o fato de uma gestora – devidamente credenciada na CVM e com observância das regulações – ser credenciada a um grupo/sistema/rede de gestores em comum, não é relevante como aspecto a desqualificar o ágio ou as operações realizadas pela Recorrente, senão sob ônus probatório e argumentativo a ser devidamente enfrentado pela fiscalização, a demonstrar a ilegalidade da estrutura adotada, a infração à lei, o dolo, a fraude ou a simulação, percurso que não foi adotado pelo TVF no que diz respeito ao papel do Fundo na estrutura e nas operações, para fins de amortização do ágio.

Assim, também nesse ponto assiste razão à Recorrente.

Com base nas reflexões acima empreendidas, acompanhei o Relator, para dar provimento ao recurso voluntário e afastar a glosa dos ágios e despesas financeiras.

Assinado Digitalmente

Diljese de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho