



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16561.720034/2019-17
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1301-006.709 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de outubro de 2023
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
TIVIT TERCEIRIZACAO DE PROCESSOS, SERVIÇOS E TECNOLOGIA S.A.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. JURISPRUDÊNCIA DO CARF. APLICAÇÃO DO ART. 24 DA LINDB. SÚMULA CARF N. 169.

O CARF consolidou na Súmula Vinculante n° 169 o entendimento de que “[o] art. 24 do decreto-lei n° 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei n° 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal”.

NULIDADE. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 59 DO DECRETO N° 70.235/1972. NÃO CONFIGURAÇÃO.

De acordo com o Decreto n° 70.235/1972, são nulos (i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59). Não se verificando as hipóteses previstas na norma, não há que se falar em nulidade do auto de infração.

NULIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO OU À AMPLA DEFESA.

As irregularidades, incorreções e omissões, diversas daquelas listadas no art. 59 do Decreto n° 70.235/1972, não importam em nulidade do auto de infração, quando não causam prejuízo ao contribuinte.

Sendo possível extrair, com exatidão, as razões que levaram a Autoridade Fiscal à glosar as despesas com ágio, a indicação de base legal relativa às normas gerais de dedução de despesas não causa prejuízo ao contribuinte, especialmente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa.

NULIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. DESNECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS.

O julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos suscitados pelo Recorrente, quando já tenha encontrado motivos suficientes para proferir sua decisão, sendo obrigado a analisar apenas aqueles capazes de infirmar as conclusões adotadas na decisão recorrida.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

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 n.º 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. 7.º da Lei n.º 9.532/1997.

Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei n.º 11.727/2008).

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. CÁLCULO COM BASE NOS VALORES CONTÁBEIS DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

A pessoa jurídica poderá deduzir como despesa os juros pagos ou creditados individualmente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio (“JCP”), calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

Os juros sobre o capital próprio passíveis de dedução são calculados sobre determinadas contas do patrimônio líquido, como estabelece o art. 9.º da Lei n.º 9.249/1995. O “patrimônio líquido” a que se refere tal dispositivo é aquele da lei societária, tratado nos artigos 178, §2.º, III e 182 da Lei n.º 6.404/1976, que, por sua vez, remetem ao conceito contábil de “patrimônio líquido”, evidenciado no balanço patrimonial das companhias. Diante disso, deve a Autoridade Fiscal respeitar os lançamentos efetuados pelo contribuinte em seu balanço patrimonial, que são refletidos na apuração do JCP, exceto se os lançamentos estiverem eivados de fraude ou simulação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

CSLL. DECORRÊNCIA. INFRAÇÕES APURADAS NA PESSOA JURÍDICA.

O decidido quanto ao lançamento principal, no caso de imposto sobre a renda, aplica-se ao lançamento de CSLL decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

ART. 124 DO CTN. HIPÓTESE DE SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE

O art. 124 do CTN contempla hipóteses de solidariedade entre pessoas que já figuram no polo passivo da relação jurídico-tributária, seja na condição de contribuinte, seja de responsável, não autorizando, por si só, a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. FALTA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO OBJETIVA DAS IRREGULARIDADES PRATICADAS

A interpretação sistemática do CTN faz com que a mera falta de recolhimento de tributos se subsuma ao art. 134 do CTN, enquanto o art. 135 do CTN abarque as hipóteses de infração a leis diversas daquelas que instituem obrigações tributárias principais.

A Autoridade Fiscal deve indicar de forma objetiva as irregularidades supostamente praticadas, comprovar os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto e demonstrar o nexo causal entre as irregularidades e a obrigação tributária delas decorrente. Não havendo imputação objetiva dos atos supostamente praticados ou obrigação tributária deles decorrentes, não subsiste a responsabilidade tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NO BENEFÍCIO. NÃO VERIFICAÇÃO.

Não se configura a hipótese do art. 124, I, do CTN quando o suposto responsável não teve participação no benefício decorrente da economia proporcionada pelo alegado planejamento tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGOS 135, I E 134, III, DO CTN. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA OU INFLUÊNCIA SIGNIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE

Os artigos 135, I e 134, III, do CTN, atribuem aos administradores de bens de terceiros a responsabilidade pessoal pelos tributos devidos pelos terceiros, na hipótese de prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, do qual resulte a obrigação tributária. Uma vez que o administrador não tinha autonomia e ou influência suficiente na gestão do fundo, não há que se falar em atribuição de responsabilidade tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN. ATOS PRATICADOS POR ADVOGADOS.

A responsabilidade prevista no inciso III do artigo 135 do CTN, pressupõe atos e condutas de pessoas físicas que ostentem a função de diretor, gerente ou representante do sujeito passivo. O advogado não tem o poder decisório na pessoa jurídica para definir seus atos, prestando as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, como definido pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em negar provimento ao recurso de ofício (i) por unanimidade de votos, em relação aos responsáveis solidários “Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mob S/A” e “Barbosa, Mussnich e Aragão Advogados”, tendo acompanhado pelas conclusões os conselheiros Iágaro Jung Martins, Lizandro Rodrigues de Sousa, Fernando Beltcher da Silva e Rafael Taranto Malheiros; e, (ii) por maioria de votos, em relação ao Contribuinte, vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, que lhe dava provimento quanto às despesas financeiras, e Fernando Beltcher da Silva, que lhe dava provimento quanto às despesas financeiras e aos juros sobre capital próprio. Quanto aos recursos voluntários do Contribuinte e do responsável Luiz Roberto Novaes Mattar, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em lhes dar provimento, tendo acompanhado pelas conclusões, em relação ao recurso do responsável, os conselheiros Iágaro Jung Martins, Lizandro Rodrigues de Sousa e Rafael Taranto Malheiros, vencido o conselheiro Fernando Beltcher da Silva, que lhes negava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros.

Relatório

Trata-se de autos de infração lavrados contra TIVIT TERCEIRIZACAO DE PROCESSOS, SERVICOS E TECNOLOGIA S.A. (“TIVIT”) para a exigência de IRPJ e CSLL, relativos a fatos geradores ocorridos entre abril de 2014 e dezembro de 2016, acrescidos de juros de mora, multa de ofício qualificada de 150% e multa isolada de 50% por falta de recolhimento de estimativas mensais, em razão da suposta prática das seguintes infrações: (i) amortização indevida de ágio; (ii) dedução em excesso de juros pagos ou creditados a título de remuneração do capital próprio (“JCP”); (iii) aproveitamento fiscal indevido de despesas financeiras.

Além disso, foram considerados responsáveis tributários LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, com base no artigos 124, I; e 135, III do CTN; CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOB S/A, com arrimo nos artigos 124, I; 135, I, c/c 134, III e 135, III do CTN; e BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO ADVOGADOS, nos termos dos artigos 124, I; e 135, III do CTN.

Por bem resumir os fatos ocorridos e as correspondentes infrações imputadas pela Autoridade Fiscal, reproduzo, abaixo, trecho do relatório elaborado pela DRJ:

Conforme descrito no TVF de fls. 4.831/4.918, a fiscalização teve início em 14/12/2018 com a ciência eletrônica do termo de início da fiscalização pelo sujeito passivo (fl. 6).

Um bom resumo das infrações identificadas pela fiscalização encontra-se no início do

TVF abaixo reproduzido:

“Verificou-se a ocorrência de simulação, em que a empresa interposta Dethalas foi utilizada como meio para transportar, para os livros da fiscalizada, tanto a projeção do ágio pago em sua própria aquisição quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. O transporte se fez pela incorporação da empresa veículo/interposta pela fiscalizada. A partir de então, esta passou a reduzir suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização do ágio e pelos juros e outros encargos incidentes sobre o passivo. Ainda, na incorporação da empresa Dethalas o Patrimônio Líquido da fiscalizada foi artificialmente aumentado. Tal fato redundou no pagamento de Juros sobre o Capital Próprio em montante superior ao limite dedutível. Por fim, a fiscalizada promoveu indevido aproveitamento fiscal de despesas incorridas pela incorporada.

Esta análise, correspondente ao período 04/2014 a 12/2016, decorrente do procedimento fiscal RPF: 08.1.85.00-2013-00171-9, envolvendo o período 01/2011 a 03/2014, que culminou com o Auto de Infração n.º 16561.720.034/2016-74. A atual lavratura abrange novo período das infrações da autuação anterior; pois, o contribuinte prosseguiu amortizando o saldo de ágio decorrente da operação envolvendo a Dethalas, bem como deu continuidade as demais incorreções detectadas no procedimento fiscal 08.1.85.00-2013-00171- 9. Assim, a documentação de numeração compreendida de 000A até 602F, que segue anexada ao final do presente processo, foi extraída do Auto de Infração 16561.720.034/2016-74, tendo sido o contribuinte formalmente notificado desta utilização para a presente ação fiscal.

Ágio total gerado nesta operação, não aceito como amortizável pela SRF, soma R\$ 1.174.205.283,42; tendo a auditoria fiscal constatado que o contribuinte até 03/2014 já havia amortizado R\$ 469.685.113,29, havendo, portanto, um saldo de R\$ 704.520.170,13 a ser auditado”.

As razões mais específicas para o lançamento que constam do TVF estão a seguir resumidamente descritas:

1) O resumo da cronologia dos fatos e atos societários envolvidos na reorganização societária e no planejamento tributário desenvolvidos pode ser assim reproduzido:

i) ainda em 2009 o grupo internacional de fundos de investimentos Apax Partners LLP (**doravante APX INT**) “estabeleceu uma forte relação de trabalho com a equipe de gestores da TIVIT”;

ii) em 10/01/2010 “o Grupo Apax já demonstrara aos controladores da TIVIT seu interesse na aquisição de suas participações”;

iii) no período compreendido entre os dias 5 e 11 de fevereiro de 2010 “foram formalizados os Termos de Confidencialidade, abrindo-se um “período de exclusividade para a realização de due diligence””;

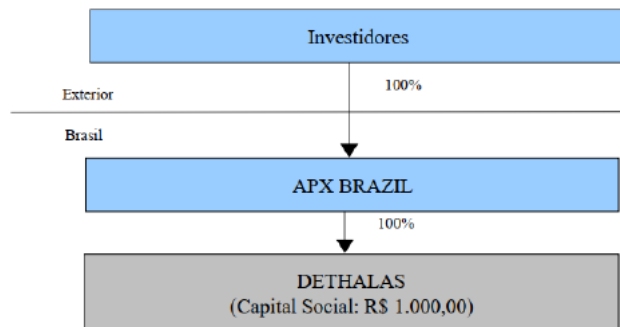
iv) em 04/02/2010 foi constituída a Dethalas Empreendimentos e Participações S/A (**doravante DETHALAS**), com capital inicial de R\$ 1.000,00 (chamada empresa de gaveta), cujos sócios não tinham qualquer relação com a APX INT;

v) em 19/03/2010 foi constituído o braço brasileiro da APX INT. Trata-se da Apx Brazil Fundo de Investimento em Participações, CNPJ n.º 11.709.823/0001-07 (**doravante APX**

BRAZIL), cujo administrador escolhido foi o CITIBANK Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A (CITI DTVM);

vi) em 06/04/2010 foram subscritas as primeiras cotas da APX BRAZIL (valor subscrito superior a R\$ 3 bilhões) e esta adquiriu a DETHALAS, passando a controlá-la, sendo que neste momento o capital social da mesma ainda era de R\$ 1.000,00 e no ativo da APX BRAZIL figurava apenas a participação então adquirida na DETHALAS. Nesta data a situação societária foi assim demonstrada:

Quadro 2: Estrutura montada para aquisição da TIVIT - situação em 06/04/2010

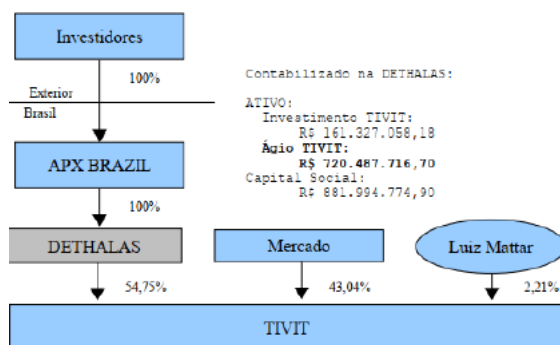


vii) em 07/05/2010 é celebrado o Contrato de Compra e Venda de Ações da fiscalizada TIVIT (**doravante denominado CCVA**), anexo às fls. 767/824 (DOC 001C), representando 54,25% do seu capital total em circulação, entre TIVIT TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A, LIT TELE LLC, FUNDO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PARA O BRASIL – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (representado por Pátria Investimentos S/A – “FIP-Pátria”), LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR e ERALDO DANTE DE PAOLA, na qualidade de Vendedores, e a DETHALAS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, na qualidade de Compradora. Também nesta data é celebrado outro contrato de compra e venda de ações da TIVIT (DOC 001E de fls. 879/902), representando no conjunto 0,50% do seu capital total em circulação, entre PAULO GUSTAVO BRAZ DA SILVA XAVIER e FLÁVIO BENJAMIN GIOVINE MONNERAT ARAÚJO, na qualidade de vendedores, e a DETHALAS, na qualidade de compradora;

viii) a fiscalização destaca que no anexo 7.05 (c) do CCVA há uma carta de compromisso assumida por diversas empresas sediadas no exterior pertencentes ao Grupo Apax (APX INT) em que se comprometem a honrar a aquisição da TIVIT pela APX BRAZIL;

ix) em 02/06/2010 o APX BRAZIL recebeu integralização de parte das cotas subscritas anteriormente (chamada de capital) pelos seus cotistas estrangeiros (todos com sede em

Edimburgo, na Escócia), no montante de R\$ 881.993.774,90, e nesta mesma data e valor, integralizou o aumento de capital da DETHALAS subscrito em AGE realizada em 26/05/2010 (Doc. 001I de fls. 926/929), para que esta pudesse efetuar o pagamento da aquisição das ações pertencentes aos controladores da TIVIT que celebraram o CCVA (**1ª trancha da aquisição**). Após o pagamento do preço de aquisição pela DETHALAS aos principais sócios da TIVIT, a configuração societária do grupo no Brasil passou a ser a seguinte:

Quadro 4: Situação do investimento em 09/06/2011, após liquidadas as obrigações do Fechamento

x) em 18/11/2010 foram emitidas debêntures da DETHALAS para obtenção de parte dos recursos necessários para a aquisição do restante das ações da TIVIT, o que se daria logo após através da Oferta Pública de Ações (OPA);

xi) em 20/12/2010 foi realizada a OPA, previamente prevista no CCVA, para a aquisição do restante das ações da TIVIT que ainda estavam em circulação nas mãos de investidores não controladores, na chamada **2ª trancha** da aquisição. O total de recursos despendidos para a liquidação financeira desta etapa da aquisição da TIVIT foi de R\$ 721.340.597,80, assim representados:

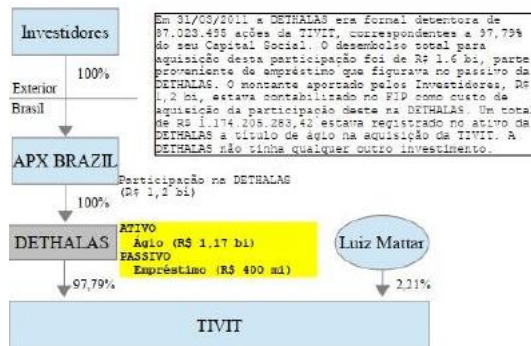
Origem	Valor (R\$)
Empréstimo obtido (valor líquido, correspondente ao bruto de R\$ 400 milhões descontado o custo de captação)	388.187.493,97
Aportes feitos em 21/12/2010 na DETHALAS pelo FIP	333.135.804,96
Caixa disponível na DETHALAS em razão de montantes aportados via FIP em datas anteriores	17.298,87
Total para liquidação da OPA (soma das parcelas acima)	721.340.597,80

Quadro 5: Origem dos recursos para liquidação da OPA em 23/12/2010

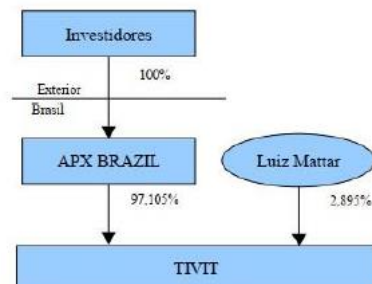
xii) destes recursos a fiscalização chamou a atenção para aquele derivado de empréstimo contraído apenas formalmente pela DETHALAS, “na forma de debêntures, passando a figurar temporariamente no passivo dela”, no valor líquido de R\$ 388.187.493,97, pois quem de fato assumiu a dívida foi o APX BRAZIL. Neste ponto a autoridade autuante afirmou que o empréstimo decorreu “não de necessidade da operação de aquisição da TIVIT, mas em opção estratégica dos investidores...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 análise fiscal continua afirmando que “o aproveitamento fiscal dessas despesas pela TIVIT é ilegal”, além dos próprios aspectos tributários envolvidos, também porque “foi violada restrição imposta pela Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, que regula os Fundos de Investimento em Participações. Segundo o inciso II do artigo 35 da referida Instrução, é vedado a esse tipo de fundo contrair empréstimo”, conforme se verá em detalhes mais adiante;

xiii) assim “registrado o passivo pela DETHALAS, os recursos do empréstimo, somados aos aportes feitos pelos investidores, foram imediatamente utilizados para liquidação da OPA....Com isso, também o ágio originado nesta etapa da aquisição foi integralmente contabilizado pela DETHALAS, acumulando-se ao anteriormente registrado quando da aquisição do controle”;

xiv) a OPA de dezembro de 2010 não foi suficiente para a aquisição da totalidade das ações da TIVIT que estavam circulando no mercado, de forma que foram realizadas aquisições complementares em janeiro e fevereiro de 2011, “após o que a DETHALAS estava pronta para ser incorporada. Em 31/03/2011, a situação formalmente instalada está representada abaixo”:

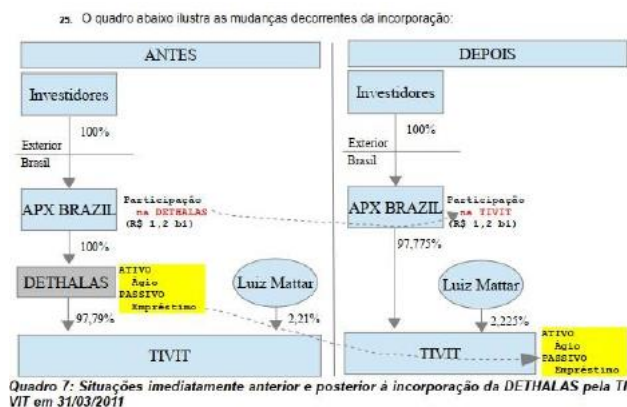


xv) finalmente em 31/03/2011 a DETHALAS foi incorporada pelo fiscalizado (TIVIT), mediante as AGEs de ambas que aprovaram o Protocolo e Justificação de Incorporação da DETHALAS pela TIVIT (doravante PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO) e a própria operação societária da incorporação. Abaixo está representado o quadro da situação da reorganização societária experimentada após a incorporação, “*configuração esta que permaneceu inalterada por vários anos e na qual não figura a DETHALAS*”:



Quadro 19: Situação do investimento TIVIT a partir de 31/03/2011

xvi) interessante mostrar quadro comparativo preparado pela fiscalização da situação do grupo no Brasil antes e depois da incorporação, pelo efeito demonstrativo que contém:



2) Como citado anteriormente, a fiscalização considerou o planejamento tributário imponível ao Fisco. As bases de cálculo do lançamento em relação a cada uma das infrações apontadas foram as seguintes:

- i) R\$ 73.446.029,62 referente aos serviços do passivo (juros dos empréstimos decorrentes da emissão de debêntures);
- ii) R\$ 430.541.940,21 referente à dedução dos encargos de amortização do ágio;
- iii) R\$ 7.523.937,38 referente ao excesso de dedução dos JCP.

3) Em relação à infração da amortização do ágio a fiscalização constatou a ocorrência de simulação na reorganização societária promovida, em que a empresa DETHALAS foi utilizada como pessoa jurídica interposta dos reais adquirentes da TIVIT, ou seja, **“os investidores, que, optando por se estruturar no Brasil nos moldes de um Fundo de Investimentos em Participações, o fizeram através do APX BRAZIL, seu canal de ação no país”**.

Neste planejamento a DETHALAS serviu como instrumento para transportar para a TIVIT, tanto o ágio pago em sua própria aquisição, quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. Para chegar a tal conclusão a autoridade fiscal **“listou as razões que tornam inadmissíveis os efeitos tributários decorrentes da utilização da DETHALAS, sendo um desses efeitos a transferência, para a TIVIT, do referido ágio”**. Além dessa razão a fiscalização também citou que **“a incorporação da DETHALAS pela TIVIT não promoveu a extinção do investimento, não resultou em confusão patrimonial entre a investidora e seu investimento, de modo que o ágio então transferido para a TIVIT, não se enquadra no que prevêm os artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/97, matrizes legais do artigo 386 do RIR/99”**, e 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. Em suma, não lhe traz qualquer benefício. Neste sentido, a amortização, pela TIVIT, do ágio em tela não atende ao requerido pelo artigo 324 do RIR/99”**. Alguns dos fatos investigados pela fiscalização que levaram à constatação da interposição da DETHALAS e motivaram o lançamento foram os seguintes:

i) a DETHALAS não teve qualquer funcionário ao longo da sua existência de aproximadamente 14 meses, nem tampouco registrou despesa de remuneração e/ou pró-labore de sua diretoria;

intrínseca relação com o processo de aquisição da TIVIT, reforçando a afirmação fiscal de que a sua existência teve como única razão ser instrumento de aquisição e de passagem da participação na TIVIT. A seguir quadro das despesas da DETHALAS durante sua existência: ii) conforme levantou a fiscalização, todas as despesas registradas pela DETHALAS tiveram

Lin.	Valor (R\$)	Descrição
1	790.486,25	Despesas relacionadas à captação do empréstimo
2	10.021.631,58	Despesas de juros com o empréstimo
3	946.956,72	Despesas com providências para a incorporação pela TIVIT: auditoria, laudo de avaliação, publicação de balanço
4	361.371,57	Despesas vinculadas à OPA: taxas pagas à BOVESPA, à CBLIC, à CVM etc
5	194.741,14	Despesas com traduções e publicação de atas e outros documentos
6	59.579,56	Despesas diversas - impostos, multas, tarifas bancárias, cartórios etc
7	58.942,40	Pagamentos a Barbosa, Mussenich e Aragão Advogados relativos ao Ato de Concentração (CADE)

Quadro 15: Despesas incorridas pela DETHALAS desde sua constituição até sua incorporação, agrupadas conforme sua natureza

iii) apesar da identificação de pagamento pela DETHALAS de algum serviço importante no processo de aquisição, o atuante constatou que a expressiva massa de pagamentos destes serviços fundamentais do processo foram arcados por um cotista da APX BRAZIL e pela empresa líder mundial dos fundos Apax. Citando como exemplos pagamentos efetuados ao escritório de advogados ABM ADV (*sic.*) (qualificados no início deste relatório e apontados como um dos responsáveis solidários no lançamento pois assumiram ampla assessoria em todo o processo de aquisição da TIVIT), a fiscalização apontou que a DETHALAS pagou R\$ 73.761,84 destes honorários, enquanto que o cotista da APX BRAZIL (BRAHMA 7-B SCOTLAND LP) e a empresa líder do grupo Apax (APX INT), juntos, arcaram com R\$ 1.220.537,04 destes serviços;

iv) além do aspecto específico dos pagamentos ao ABM ADV (*sic*) terem sido majoritariamente feitos por cotistas da APX BRAZIL e não pela DETHALAS, a

investigação da fiscalização também concluiu que *“a condução da operação se deu sob a batuta de BRAHMA 7-B SCOTLAND LP e de Apex Partners LLP. Era com os representantes destas que os contratados discutiam cada um de seus passos”*. Esta conclusão baseou-se em exemplos de situações concretas identificadas em que ficou claro que eram os citados cotistas da APX BRAZIL que discutiam e resolviam os serviços prestados para a DETHALAS, e não ela própria, tais como: (a) contratação e pagamento da due diligence na TIVIT, (b) elaboração e celebração do CCVA, (c) preparação e efetivação da OPA, incluindo a contratação e pagamento de laudo de avaliação por parte do Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A e (d) preparação da incorporação da DETHALAS pela TIVIT;

v) por todas as razões transcritas, a autoridade fiscal qualificou a DETHALAS como pessoa jurídica interposta do real adquirente da participação na TIVIT (APX BRAZIL), face à demonstração inequívoca da sua falta de substância econômica e a farta comprovação de que a mesma serviu basicamente como instrumento para a consecução do planejamento tributário intentado, que visou, principalmente, a transferência do ágio de aquisição da TIVIT para a sua própria contabilidade, a fim de que lá viesse a ser amortizado fiscalmente, o que não é permitido pela lei nessas condições de artificialismo. Assevera a autoridade fiscal neste ponto que *“a incorporação da empresa interposta pela investida, ou desta pela empresa interposta, não promove o encontro, em um mesmo patrimônio, da despesa originada quando da aquisição do investimento com as receitas geradas pelo mesmo investimento; não promove o encontro da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação; promove apenas o encontro da participação com uma projeção do ágio”*;

vi) seguindo na sua constatação da transferência irregular do ágio, também cita o desrespeito ao princípio contábil da Entidade, contido na Deliberação CVM nº 29/1986,

concluindo que *“o patrimônio da investidora não se confunde com o da investida, de modo que é descabida a transferência gratuita e imotivada de um ativo de uma entidade à outra, como se ativos e passivos pertencessem ao grupo econômico, e não a entidades autônomas”*;

vii) como argumento alternativo da indevida amortização fiscal do ágio, a fiscalização sugere que, da forma como foi planejada e executada a reorganização societária, haveria a possibilidade de aproveitamento em duplicidade dos efeitos fiscais do ágio, sendo um deles decorrente da amortização do ágio na TIVIT, objeto deste lançamento, e o outro, em estágio potencial, quando de futura alienação das cotas do APX BRAZIL pelos seus investidores internacionais, tendo em vista que o custo total de aquisição/constituição do FIP, que inclui o ágio pago pela TIVIT, continua registrado nas cotas deste FIP *“e reduzirá integralmente seu ganho líquido no momento da alienação da participação. Restará consumado, então, o duplo aproveitamento fiscal do ágio”*;

viii) que a regra geral prevista na legislação tributária sobre a dedutibilidade fiscal do ágio encontra-se consolidada no artigo 391 do RIR/99 (art. 25, do DL nº 1.598/1977 e inciso III, do art. 1º, do DL nº 1.730/1979), e é no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não devem ser computadas na determinação do lucro real, com exceção da hipótese de apuração do ganho ou perda de capital por ocasião da alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido, previsto no artigo 426 do mesmo RIR/99 (art. 33, do DL nº 1.598/1977 e inciso V, do art. 1º, do DL nº 1.730/1979), pois *“nessa situação, o ágio pago integrará o custo de aquisição desse investimento, para fim de determinação do correspondente ganho de capital da investidora/alienante”*. Deduz a respeito desta norma de caráter geral, *“que enquanto a participação societária adquirida com ágio permanecer com a investidora, as contrapartidas de eventuais amortizações contábeis desse ágio não impactarão os resultados fiscais desta”*;

ix) todavia, considerando que no caso de extinção da investida decorrente dos eventos societários de incorporação, fusão e cisão, não seria possível a recuperação fiscal do

ágio pago, dado a impossibilidade de alienação futura do investimento, a legislação superveniente, no caso os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, permitiu que nas condições ali previstas a amortização do ágio pudesse ser dedutível na sociedade que incorporasse a participação societária então adquirida com o ágio, admitindo-se, também, a hipótese de amortização por parte da própria sociedade adquirida, caso fosse ela quem incorporasse a sociedade investidora, na chamada incorporação reversa;

x) e foi justamente uma dessas condições estabelecidas no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 (art. 386 do RIR/99) que a fiscalização entendeu não ter ocorrido no caso sob julgamento, qual seja, a necessária reunião dos reais patrimônios das empresas investidora e investida num único patrimônio, na chamada “confusão patrimonial”, como desejado pela legislação citada. Na perspectiva fiscal tanto o real investidor (APX BRAZIL), quanto a pessoa jurídica adquirida com ágio (TIVIT), continuaram a existir após a reorganização societária;

xi) o autuante defende que a simples presença de um ágio no ativo de uma empresa, no caso em tela o ágio de aquisição da TIVIT transferido para ela própria após a incorporação da DETHALAS, “não faz aumentar suas receitas ou seu lucro; tampouco faz com que ela produza mais bens ou serviços”, mas sim a titularidade de uma participação societária real, que represente concretamente um negócio existente. É nesta linha que afirma que “o ágio registrado no ativo da TIVIT com a incorporação da DETHALAS nada representa para a própria TIVIT..não lhe traz nenhum benefício”;

xii) como reforço desta sua tese, socorre-se do dispositivo legal contido no parágrafo 4º, do artigo 324 do RIR/99, que tratando da dedutibilidade dos encargos de amortização relativos à recuperação de capital aplicado em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração, estabelece que somente será permitida a dedução de amortização relacionada a bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção e comercialização dos bens e serviços, e que o ágio da TIVIT, como visto, não atende esta condição, uma vez que, de per si, não agrega qualquer fator produtivo à própria TIVIT que auxilie na obtenção dos seus resultados futuros;

4) Em relação à infração da dedução das despesas financeiras vinculadas ao empréstimo, a fiscalização argumentou que o empréstimo foi apenas formalmente assumido pela DETHALAS para complementar os recursos necessários para a aquisição do restante das ações da TIVIT na OPA (2ª trancha). Nestes termos questiona sua validade para os fins fiscais de dedução dos juros como despesa na TIVIT, baseando-se principalmente nos seguintes pontos:

i) além do real interessado por essa captação de recursos não ter sido a DETHALAS, esse tipo de financiamento foi decisão meramente estratégica dos investidores da APX BRAZIL, e não de uma necessidade financeira da própria DETHALAS, posto que na carta compromisso vinculada ao CCVA esses investidores haviam se comprometido a suprir a compradora (DETHALAS) com os recursos financeiros necessários para fazer frente à aquisição das ações da TIVIT nos seus dois momentos, aquisição do controle e na liquidação da OPA, no montante máximo de R\$ 1,87 bilhões. Demonstra a fiscalização que o valor deste compromisso de integralização das cotas subscritas na APX BRAZIL (nas chamadas de capital a serem efetuadas pelo administrador do FIP era mais do que suficiente para honrar o preço de aquisição de todas as ações da TIVIT, estimado em R\$ 1,6 bilhões (R\$ 881.814.774,88 na 1ª trancha e R\$ 730.000.000,00 estimado para a 2ª trancha), de forma que não haveria a necessidade deste endividamento da DETHALAS, que passou posteriormente para a TIVIT após a sua incorporação. Sustenta esta afirmação com cláusulas do próprio CCVA (cláusula 7.05(c), “em que afirma expressamente que o recebimento do total do Financiamento (Preço de Aquisição + OPA) pela DETHALAS não dependia de “ação de qualquer natureza” de sua parte”, observando que “não haveria qualquer dificuldade para que o FIP exigisse dos seus cotistas o aporte do total necessário para liquidação da OPA”, uma vez que havia ainda um valor suficiente da subscrição de capital ainda não

integralizado pelos cotistas do APX BRAZIL, como demonstra o quadro abaixo da subscrição;

Subscriber	Valor subscrito (R\$)
BRAHMA 7-B SCOTLAND LP	1.170.000.000,00
BRAHMA 6-A SCOTLAND LP	706.661.770,00
BRAHMA 7-A SCOTLAND LP	637.650.130,00
BRAHMA 7-C SCOTLAND LP	317.190.620,00
BRAHMA US SCOTLAND LP	138.298.820,00
BRAHMA 7-1 SCOTLAND LP	29.940.150,00
BRAHMA 6-1 SCOTLAND LP	1.000.000,00
Total subscrito	3.000.141.490,00

Quadro 21: Subscrições no APX BRAZIL feitas em 06/04/2010

ii) para confirmar o espaço que ainda havia para a integralização de cotas pelos investidores de forma a evitar o empréstimo contraído pela DETHALAS para a liquidação financeira da OPA, a fiscalização obteve, através de diligência fiscal desenvolvida na instituição financeira administradora do APX BRAZIL (CITI DTVM), um demonstrativo de todos os aportes de capital (chamadas de capital) efetuados pelo cotistas do FIP, num total de R\$ 1,23 bilhões (dos R\$ 3 bilhões de capital subscrito), concluindo que na data da chamada de capital para a liquidação da OPA em 21/12/2010, cujo valor total foi de R\$ 721 milhões, além do valor de R\$ 336 milhões integralizados das cotas do FIP, havia saldo de capital subscrito e não integralizado em valor suficiente para fazer frente à aquisição total das ações da TIVIT na OPA, ao invés de ter contraído o empréstimo de R\$ 400 milhões para tal operação, conforme a seguir:

	02/06/2010	21/12/2010	12/01/2011	Total
BRAHMA 7-1 SCOTLAND LP	8.821.677,28	3.354.497,82	107.579,99	12.283.755,09
BRAHMA 6-1 SCOTLAND LP	253.197,72	96.280,02	3.087,74	352.565,48
BRAHMA 6-A SCOTLAND LP	208.046.372,41	79.110.931,01	2.537.116,91	289.694.420,33
BRAHMA 7-A SCOTLAND LP	197.888.666,99	71.445.930,17	2.291.296,28	271.625.772,44
BRAHMA 7-B SCOTLAND LP	344.748.834,13	131.090.894,91	4.204.197,79	480.043.926,83
BRAHMA 7-C SCOTLAND LP	93.462.342,16	35.539.636,66	2.139.769,40	130.141.750,22
BRAHMA US SCOTLAND LP	40.750.764,76	15.495.732,37	496.953,89	56.743.451,02
Total	883.871.835,46	336.135.804,96	10.780.500,00	1.230.807.640,42

Quadro 22: Montantes Integralizados no APX BRAZIL

iii) com relação à utilização da DETHALAS para a obtenção dos recursos emprestados e não o APX BRAZIL, o próprio fiscalizado, ao longo da fiscalização, reconheceu que as normas reguladoras do mercado de capital, em especial o artigo 35 da Instrução CVM n.º 391/2003, veda a obtenção de empréstimo por parte dos FIP. Todavia a fiscalização discorreu que, a despeito deste impedimento, o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do FIP, e não necessariamente pela DETHALAS, concluindo neste ponto que a estratégia adotada visou a economia tributária na TIVIT, proporcionada pela dedução das despesas de juros deste empréstimo, visto que posteriormente esta iria incorporar a DETHALAS, como inclusive previsto no Instrumento Particular de Escritura de Emissão Pública de Debêntures Não Conversíveis em Ações, da Espécie com Garantia Real, da Primeira Emissão de Dethalas Empreendimentos e Participações S.A (DOC 029B fls. 3.305/3.351), doravante **ESCRITURA**, e no Instrumento Particular de Constituição de Penhor de Ações de Emissão de Tivit Terceirização de Processos, Serviços e Tecnologia S.A (DOC 145 fls. 4.059/4.094), doravante **PENHOR**, ambos celebrados em 18/11/2010, o que de fato acabou acontecendo. A análise feita pela fiscalização da participação do FIP (APX BRAZIL) no contrato de PENHOR, redundou na conclusão de que a DETHALAS apenas foi necessária na obtenção do empréstimo para *“permitir a construção da ficção de que o Fundo participava da operação como mero interveniente anuente, quando de fato foi o real tomador do empréstimo, de modo a dissimular a necessidade de autorização da CVM”*;

iv) que 3 (três) instituições financeiras subscreveram as 400 (quatrocentas) debêntures emitidas pela DETHALAS, que foram utilizadas como financiamento para a aquisição das demais ações da TIVIT na 2ª trancha da operação, representada pela OPA. Além

dessas 400 debêntures uma das instituições financeiras, o Banco Santander (Brasil) S.A., também adquiriu, posteriormente à incorporação da DETHALAS (em 12/12/2011), 111 (cento e onze) debêntures mediante a conversão de Cédulas de Crédito bancário (CCB) que possuía da TIVIT. Neste ponto a fiscalização admitiu a dedução dos encargos financeiros na TIVIT em relação a essas 111 debêntures decorrentes da substituição das CCB, compreendendo que tais despesas tiveram origem em uma captação de recursos da TIVIT, via CCB, que atenderam os objetivos sociais da mesma, e que portanto não fazem parte desta lide. Desta forma, o questionamento fiscal da dedutibilidade dos juros relativos às debêntures emitidas alcançaram apenas àquelas que serviram para a liquidação da OPA (400 debêntures);

v) seguindo este raciocínio, a fiscalização preparou um quadro no TVF (item 257.1) em que demonstra claramente a segregação acima pontuada, chegando a um valor de juros considerado indedutível de R\$ 69.304.829,81 (ante os R\$ 88.536.920,09 de juros totais relacionados às debêntures emitidas), o qual somado a outras despesas bancárias relacionadas ao evento, atingiu o montante de R\$ 73.446.029,62, que é a base de cálculo objeto do AI nesta infração;

vi) discorrendo sobre as condições legais para a dedução das despesas operacionais dos juros devidos pela emissão das debêntures, a autoridade fiscal concluiu que **“as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela TIVIT após a incorporação da DETHALAS operam exclusivamente em favor dos investidores, não da TIVIT, não sendo necessárias para a TIVIT. Assim, não configuram despesas dedutíveis para a TIVIT, nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e 299 do RIR/99”**, pois tais despesas em nada contribuem para o aumento das receitas e/ou dos lucros da TIVIT, devendo ser adicionadas de ofício nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL, conforme prescrevem os artigos 247 e 249 do RIR/99, combinados com o artigo 2º da Lei nº 7.689/1988, o artigo 57 da Lei nº 8.981/1995 e os artigos 2º e 13 da Lei nº 9.249/1995.

5) Em relação à infração do excesso de dedução do JCP, ocorrido apenas no 4º trimestre de 2014, a fiscalização afirmou que **“são inadmissíveis quaisquer efeitos tributários conseqüentes do aumento de R\$ 920.616.809,59 promovido no Capital Social da TIVIT quando da incorporação da DETHALAS”**. Alinhavou para tanto os seguintes fatos e argumentos:

i) o aumento de capital de uma sociedade tem efeito direto no potencial de pagamento futuro de JCP, tendo em vista a forma do seu cálculo estar vinculado ao saldo das contas constantes do seu patrimônio líquido, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995;

ii) não se pode atribuir efeitos tributários a este aumento de capital decorrente da incorporação da DETHALAS pela TIVIT, pois **“na hipótese de incorporação em que ocorra a confusão patrimonial entre o investidor e seu investimento, a substância econômica de ágio fundamentado na rentabilidade futura da investida consiste exatamente na economia tributária que se pode obter com sua amortização. No caso, a incorporação....não promoveu a referida confusão patrimonial...Com isso, sendo o ágio não amortizável para a TIVIT, seu registro no ativo da incorporadora nada de concreto representou para ela. Conseqüentemente, o aumento do seu Capital Social não tem substância”**, além do fato anteriormente demonstrado **“que a DETHALAS figurou de forma ilegítima como compradora no CCVA-Controle. Tal fato viciou o ágio por ela registrado. Conseqüentemente, o aumento do Capital Social da TIVIT sofreu do mesmo mal, uma vez que “integralizado” basicamente com esse mesmo ágio”**;

iii) conforme a autoridade fiscal o sujeito passivo apresentou durante a fiscalização o seguinte cálculo de JCP pago no 4º TRIM/2014:

Quadro 29: Limites dos valores passíveis de distribuição a título de JCP - planilha do contribuinte (Os valores do quadro estão expressos em milhões de reais)

PATRIMÔNIO LÍQUIDO	
Capital social	1.193.770
Capital a integralizar	(4.626)
Ações em tesouraria	
Reservas de capital	37.552
Reserva legal	18.046
Reservas de lucros	98.645
Lucros acumulados	80.523
Resultados abrangentes acumulado	444
Total do Patrimônio Líquido	1.424.354
TJLP 2014	3,750%
Limite TJLP	53.413
Lucros Acumulados	179.168
Lucro Líquido Exercício	80.523
50% Lucros Acumulados	89.584
50% Lucro Líquido	40.262
JCP Distribuído	19.000

iv) a fiscalização efetuou os seguintes ajustes visando adequar o patrimônio líquido contábil à realidade do caso concreto: (a) utilização de mensuração deste patrimônio às regras vigentes em 31/12/2007 (RTT); (b) desconsideração dos efeitos dos encargos de amortização do ágio que afetaram o patrimônio líquido contábil; (c) consideração dos efeitos dos tributos lançados nos dois AI em relação ao patrimônio líquido contábil; (d) desconsideração do aumento de capital na TIVIT decorrente do planejamento tributário. Após estes ajustes fiscais a apuração do patrimônio líquido sujeito ao cálculo do JCP foi assim demonstrada:

Patrimônio Líquido Conforme ECF	1.405.353.120,94
(-) Tributos Apurados a menor de 01/2011 a 03/2014	128.545.970,28
(-) Aumento de Capital na Incorporação da DETHALAS	920.616.809,59
(-) Tributos Apurados a menor de 04/2014 a 12/2014	50.162.004,66
(=) Patrimônio Líquido Efetivo para Cálculo JCP	306.028.336,41

v) o excesso de despesa de JCP em 2014, no valor de R\$ 7.523.937,38, foi adicionado de ofício nas bases de cálculo tributáveis, em atendimento ao limite de dedução imposto pelo art. 9º, da Lei nº 9.249/1995, e foi assim demonstrado:

Quadro 32: JCP em excesso de 12/2014

Patrimônio líquido	306.028.336,41
TJLP pro-rata	3,75%
Juros sobre Capital Próprio	11.476.062,62
Juros sobre Capital Próprio Pago 2014	19.000.000,00
Excesso de Juros sobre Capital Próprio	7.523.937,38

6) Informou que “em decorrência da glosa das despesas de amortização do ágio, os resultados mensais escriturados pelo contribuinte foram ajustados, ensejando o surgimento de estimativas devidas, e, não recolhidas, de IRPJ e CSLL”, atraindo o lançamento da multa isolada por falta ou insuficiência do recolhimento das estimativas prevista na alínea b, do inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007), alertando a autoridade fiscal que esta multa isolada apresenta uma materialidade distinta da multa de ofício proporcional, e como tal, pode ser lançada concomitantemente a esta. Os valores por ano calendário da multa isolada lançada está demonstrada a seguir:

PERÍODO DE APURAÇÃO	2014	2015	Total
Multa isolada IRPJ	15.423.807,44	10.849.152,20	26.272.959,64
Multa isolada CSLL	10.452.911,54	3.729.315,62	14.182.227,16

7) Os lançamentos de IRPJ e CSLL foram acompanhados com a multa de ofício qualificada de 150%, devido à verificação “*de fatos que, em tese, indicam a ocorrência dos crimes definidos nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964...conseqüentes da utilização da DETHALAS no processo de aquisição da TIVIT, constatadas neste TERMO*”. Para tanto a autoridade fiscal valeu-se basicamente dos seguintes argumentos:

i) que “*a conduta dos atores envolvidos na operação em tela compreendeu ação dolosa visando exclusivamente modificar características essenciais dos fatos geradores de obrigações tributárias principais, quais sejam, suas bases de cálculo, de modo a reduzir os montantes dos tributos devidos....Desta forma, fica caracterizada, em tese, a ocorrência do crime de FRAUDE, definido no artigo 72 da Lei nº 4.502/64*”;

ii) também afirma que “*atuando de forma conjunta, contínua e coordenada durante todo o período, esses atores – os investidores, seus agentes e o Sr. Luiz Roberto Novaes Mattar – visaram, imbuídos do já demonstrado dolo, as indevidas vantagens acima descritas. E o fizeram não de forma inadvertida, mas de maneira absolutamente pensada, planejada, determinada, intencional. Desta forma, resta caracterizada, em tese, a ocorrência do crime de CONLUIO, definido no artigo 73 da Lei nº 4.502/64*”.

8) Sobre a responsabilidade tributária solidária atribuída aos demais sujeitos passivos já qualificados (LUIZ MATTAR, CITI DTVM e BMA ADV) a fiscalização assim se pronunciou:

i) em relação ao LUIZ MATTAR afirma que a importância do seu papel desempenhado já se revelava no comunicado divulgado pela TIVIT em 10/05/2010, em “*que, a despeito da mudança de controle, o mesmo permaneceria na dianteira da empresa e em*

seu quadro de acionistas”. Demonstrou a fiscalização que LUIZ MATTAR “*não apenas compunha o quadro de acionistas da TIVIT – mais precisamente, o bloco de controle que firmou o CCVA-Control. Ocupava, também, os cargos de Diretor-presidente e Presidente do Conselho de Administração da empresa, condição esta mantida durante todo o período em que transcorreu o processo de aquisição pelo Grupo Apax e mesmo depois da incorporação da DETHALAS...Isto posto, na condição de acionista, o Sr. Luiz Roberto Novaes Mattar beneficiou-se das indevidas vantagens fiscais resultantes da utilização da DETHALAS no referido processo, tendo contribuído para tal resultado na condição de Diretor-presidente e Presidente do Conselho de Administração da TIVIT. Assim, fica caracterizado tanto o interesse comum entre a fiscalizada e o Sr. Luiz Roberto Novaes Mattar na situação constitutiva dos fatos geradores que deram causa à presente autuação, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, quanto à incursão, pelo mesmo, na situação prevista no inciso III do artigo 135*”, lembrando que a condição de membro do conselho e da diretoria permaneceu até a data da lavratura dos AI;

ii) em relação ao CITI DTVM asseverou que “*ficou evidenciada a intensa colaboração do CITIBANK na operação, como Administrador do APX BRAZIL*”. Disse também “*que a partir do momento em que o FIP adquiriu a DETHALAS, o Administrador, por intermédio de seus agentes, presidiu e firmou todas as assembléias desta, bem como assinou todos os Boletins de Subscrição por ela emitidos*”. Igualmente atribuiu participação efetiva do CITI DTVM “*quando o Fundo tomou o empréstimo na forma de emissão de debêntures pela DETHALAS, sendo então de fundamental importância*”. Tal participação foi ressaltada pela assinatura do contrato de PENHOR pelo administrador do FIP, sendo que “*o CITI DTVM tinha ciência de que somente poderia firmar o Penhor em nome do Fundo se tivesse expressa autorização da CVM – improvabilíssima autorização, diga-se*”. Como retribuição financeira por esta participação apontou a taxa de administração e a taxa de custódia a que faria jus como administrador do Fundo, fato que caracterizaria tanto o interesse comum, de que trata o inciso I, do artigo 124 do CTN, como as situações descritas nos incisos I e III, ambos do artigo 135 do CTN;

iii) finalmente, em relação à responsabilização do escritório advocatício BMA ADV, pontuou a autoridade que “a condução da operação resultou da estreita interação entre os membros da referida sociedade de advogados e agentes de BRAHMA 7-B SCOTLAND LP e de Apex Partners LLP, sendo estas empresas do Grupo Apex sediadas no exterior pelas quais aquela foi contratada e paga”. Tal constatação baseou-se nos fatos, já mencionados anteriormente, que a DETHALAS “jamais teve qualquer funcionário e jamais pagou remuneração aos seus formais administradores...Tampouco contratou terceiros para a prestação de serviços relacionados ao projeto de aquisição da TIVIT”. No que toca à eleição da sociedade de advogados como sujeito passivo responsável e não dos seus membros advogados pessoas físicas, a quem as procurações foram outorgadas, informa a autoridade fiscal que “como se verifica nas deliberações que aprovaram as outorgas das referidas procurações, tal se fez com menção à sociedade”. Conclui a fiscalização que “a contratada prestou serviços contínuos e intensivos em todas as etapas do processo, incluindo a constituição da DETHALAS, a elaboração e a celebração do CCVA-Controle e a preparação da incorporação...Efetivamente, a referida sociedade de advogados foi a responsável imediata pela aparente vida autônoma do boneco de vento em que se constituiu a DETHALAS. Assim, também neste caso fica caracterizado tanto o interesse comum entre a fiscalizada e BARBOSA, MUSSNICH E ARAGÃO ADVOGADOS na situação constitutiva dos fatos geradores que deram causa à presente autuação, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, quanto a incursão, pelo último, na situação prevista no inciso III do artigo 135”;

iv) por fim, acrescenta a fiscalização que a responsabilidade tributária do CITI DTVM e do BMA ADV decorrente do inciso III, do art. 135 do CTN, também está amparada no artigo 1º da Portaria PGFN nº 180/2010.

Intimados, TIVIT, LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOB S/A e BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO ADVOGADOS apresentaram impugnações, que foram julgadas parcialmente procedentes pela DRJ, para (i) rejeitar as preliminares arguidas em todas as impugnações e manter integralmente as exigências de IRPJ e CSLL relacionadas à infração de amortização do ágio; (ii) exonerar integralmente as exigências de IRPJ e CSLL relacionadas à infração de dedução de despesas financeiras; (iii) exonerar integralmente as exigências de IRPJ e CSLL relacionadas à infração de dedução do excesso de juros sobre o capital próprio (JCP); (iv) manter a multa qualificada referente à infração mantida; (v) manter parcialmente as exigências de multa isolada a título de IRPJ e CSLL; (vi) manter a responsabilidade tributária imputada a LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR; (vii) excluir a responsabilidade tributária imputada a CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.; e (viii) excluir a responsabilidade tributária imputada a BARBOSA, MUSNICH E ARAGÃO ADVOGADOS. Eis a ementa da referida decisão:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Anos-calendário: 2014, 2015, 2016

**ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.
INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.**

A regra da amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva. Não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. A interpretação literal para a formação das normas contidas no artigo 7º, caput, e no artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97, conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu

o artigo 20 do DecretoLei n.º 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

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

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica caracterizada como empresa veículo, em cujo patrimônio constava registro de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, cuja constituição teve como finalidade preponderante a economia tributária advinda da amortização do ágio.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que verdadeiramente adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei n.º 11.727/2008).

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. CÁLCULO COM BASE NOS VALORES CONTÁBEIS DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

A pessoa jurídica poderá deduzir como despesa os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP.

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO DE DOLO NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INOPONÍVEL AO FISCO.

Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico que se presta, precipuamente, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE.

O não-recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o ano-calendário. É compatível com a multa isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do ano-calendário, por caracterizarem penalidades distintas, mormente para os fatos geradores ocorridos após a alteração da redação do artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, dada pela Lei n.º 11.488/2007.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Anos-calendário: 2014, 2015, 2016

CSLL. DECORRÊNCIA. INFRAÇÕES APURADAS NA PESSOA JURÍDICA.

O decidido quanto ao lançamento principal, no caso de imposto sobre a renda, aplica-se ao lançamento de CSLL decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Anos-calendário: 2014, 2015, 2016

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, DO CTN.

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente, interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. O sócio administrador do sujeito passivo que participa de todas as fases executivas do planejamento tributário inoponível ao Fisco, inclusive daquela vinculada à constituição do fato gerador, manifesta esse interesse.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRAÇÃO DE BENS DE TERCEIROS. ART. 134, III, DO CTN.

A responsabilidade de que trata o art. 134, III, do CTN, atinge o administrador de bens de terceiros, devendo entender-se o termo terceiros como sendo o sujeito passivo principal, além de que a responsabilização só é aplicável ao administrador pelos atos em que intervier ou pelas omissões de que for responsável.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADOR. ART. 135, III, DO CTN.

A responsabilidade de que trata o art. 135, III, do CTN, requer que a pessoa arrolada seja diretora, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado, além de exigir que os créditos correspondentes as obrigações tributárias sejam resultantes de atos praticados pelo responsável, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Contra tal decisão, foi interposto recurso de ofício, em razão do valor do crédito tributário exonerado. Além disso, TIVIT interpôs o correspondente recurso voluntário, sustentando, preliminarmente, em síntese:

- necessidade de aplicação do art. 24 da LINDB, tendo em vista que, à época das operações societárias e dos fatos geradores, a jurisprudência administrativa majoritária era favorável aos contribuintes no que se refere ao aproveitamento fiscal de ágio em casos de suposta utilização de "empresas veículo" para a aquisição de participações societárias, independentemente do seu propósito negocial; e
- nulidade do auto de infração por vício de fundamentação no que se refere ao enquadramento legal atribuído pela Autoridade Fiscal, na medida em que utilizou normas gerais de dedução de despesas (299 e 324 do Decreto nº

3.000/99 — ""RIR/99") para fundamentar a infração relativa ao ágio, que possui norma especial contida no artigo 386 do RIR/99;

No mérito, alega TIVIT com relação à glosa das despesas com ágio da base de cálculo do IRPJ, em suma, que:

- cumpriu os requisitos legais para registro e amortização do ágio, bem como que não houve qualquer questionamento pela Autoridade Fiscal a respeito: do integral pagamento, em dinheiro, do ágio aproveitado fiscalmente; da legitimidade do laudo de avaliação do fundamento econômico (rentabilidade futura da TIVIT); ou dos registros contábeis realizados pela DETHALAS com o desdobramento do custo pela aquisição da Recorrente;
- com relação à suposta ausência de confusão patrimonial entre a real investida e a investidora, não há na legislação tal requisito para o aproveitamento fiscal do ágio e, ainda que assim não fosse, que tal requisito deve ser compreendido como o efetivo encontro entre o investimento e a pessoa jurídica detentora do ágio, o que, no presente caso, ocorreu quando da incorporação da DETHALAS pela Recorrente;
- não há o suposto “duplo aproveitamento do ágio”, como corretamente reconheceu a decisão da DRJ, uma vez que o custo registrado pelos investidores estrangeiros em nada impacta a discussão em questão, não podendo esse fato macular a dedução fiscal das amortizações do ágio pago pela DETHALAS que resultou em sua amortização pela Recorrente após o ato de incorporação;
- não há violação ao princípio da entidade, como sustenta a Autoridade Fiscal, tendo em vista que não houve qualquer tipo de transferência — de ativos ou passivos — de forma despropositada e injustificada de uma sociedade à outra, os limites da entidade e da personalidade jurídica da DETHALAS e da TIVIT foram absolutamente respeitados e a Recorrente passou a registrar o ágio em questão somente após a operação de incorporação da DETHALAS, quando, nos termos da legislação tributária, há a efetiva absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica (no caso, a DETHALAS) por outra (TIVIT);
- com relação à alegação fiscal de que determinadas despesas da Dethalas foram custeadas pela Brahma 7-B Scotland LP ("Brahma"), um dos investidores indiretos da Dethalas, tal fato, que representa mero detalhe na complexa operação, não é relevante para o julgamento do caso;
- a teoria do propósito negocial não é positivada no Direito pátrio, razão pela qual sua aplicação para fins de desconsideração de operações societárias validamente realizadas é inadmissível e, ainda que assim não fosse os atos praticados na aquisição da Recorrente tiveram motivação extra tributária, decorrente da estratégia negocial adotada pelos FUNDOS APAX por meio da DETHALAS, fundada em legítima decisão empresarial;

- os aspectos financeiros da operação (fluxo dos recursos e desembolso para a aquisição da TIVIT) apenas corroboram a validade das operações, tendo em vista que, justamente por não ser uma sociedade operacional (comercial ou prestadora de serviços) e não possuir receitas próprias, que a DETHALAS necessitou do porte de recursos por seu controlador, APX BRAZIL, e de empréstimo para realizar a aquisição de parte das ações da TIVIT por meio da OPA, sem os quais a operação, por consectário lógico, não ocorreria;
- a existência de uma sociedade holding pura independe da existência de empregados, ou da geração de receitas próprias, de forma que ainda que a DETHALAS tivesse sido constituída apenas para deter participação societária em outras companhias a fim de beneficiar-se de incentivos fiscais, estaria ela em plena conformidade com a legislação societária vigente à época dos fatos, nos termos do artigo 20, § 30, da Lei 6.404/76, razão pela qual não podem o Fisco e a DRJ invalidar as operações em razão da utilização de empresa holding;
- o prazo de duração de uma sociedade holding também não pode ser utilizado como requisito de sua validade e, ainda que assim não fosse, a DETHALAS sequer poderia ser considerada uma sociedade de existência efêmera, vez que foi constituída em 04/02/2010, adquirida pelo APX BRAZIL em 06/04/2010 e extinta, por incorporação, em 31/03/2011, após ter realizado os propósitos negociais e específicos para os quais foi constituída;
- as alterações realizadas no regulamento do APAX BRAZIL quanto ao seu portfólio alvo retratam justamente a realidade dos fatos envolvidos e evidenciam a boa-fé que norteou as operações, vez que a versão original do regulamento e sua primeira alteração fazem uma referência direta à DETHALAS, empresa que foi adquirida pelo APX BRAZIL para viabilizar a aquisição da TIVIT;
- não procedem os argumentos da Autoridade Fiscal no sentido de que a DETHALAS não possuía poder decisório, pois reportava as principais questões estratégicas ao FIP e havia absoluta identidade entre os integrantes de seu Conselho de Administração e do Comitê de Investimentos do FIP. Isso porque (i) não há qualquer óbice legal à identidade entre a administração de uma controlada e de uma controladora, sendo o APX BRAZIL o Fundo controlador da DETHALAS, é inerente, razoável e legal que as ações e decisões da controlada decorram e estejam conexas aos objetivos do APX BRAZIL; e (ii) o artigo 2º da Instrução CVM nº 391/2003 é expresso ao apontar que o FIP participará do processo decisório da investida – o que não descaracteriza a essencialidade e a natureza da DETHALAS;
- a DETHALAS não teve participação na etapa prévia à aquisição — mas foi fundamental para efetivação da aquisição da TIVIT —, razão pela qual o patrocínio de parte dos honorários advocatícios, durante o período de consultorias sobre a operação pretendida e auditorias na empresa investida, bem como o desembolso pelas despesas incorridas nesta etapa preparatória

foram incorridos em grande parte pelos FUNDOS APAX e APAX PARTNERS, o que, entretanto, não invalida as operações, por se tratar de controladores que possuíam um interesse direto na concretização da operação, bem como por se tratar de custos e tratativas realizadas ainda em fase prévia à aquisição;

- a DETHALAS desempenhou papel fundamental nas operações analisadas, sem a qual a alienação da TIVIT não teria condições de ser efetuada. Isso porque a DETHALAS (a) possibilita a contratação de financiamento com instituições financeiras, o que é defeso aos FIP à luz das disposições normativas da CVM; (b) os FIP estão sujeitos a diversas regulações e restrições relativas a aquisição de investimentos, razão pela qual DETHALAS seria necessária em um planejamento de eventual e futura reabertura de capital da TIVIT ("IPO"), que, embora não tenha sido realizada em razão de mudanças no cenário do mercado financeiro, era um dos objetivos iniciais; (c) confere maior liberdade para negociação sem intermediário, diferentemente do que ocorreria caso a aquisição fosse direta pelo FIP APX BRAZIL, em que o administrador do Fundo participaria ativamente, retardando toda a operação; e (d) poderia, caso necessário, admitir o ingresso de novos investidores, além dos cotistas do FIP APX BRAZIL, sem a necessidade de alteração da composição dos investidores do fundo;
- o fato de a DETHALAS ter recebido os recursos para quitação da obrigação dos Fundos Apax não tem o condão de desnaturar a operação de aquisição e tampouco sua participação no negócio jurídico como compradora;
- a DETHALAS, além de ter atuado como adquirente do controle da TIVIT (primeira etapa da aquisição), também figurou como ofertante nas OPAS realizadas para aquisição das demais ações (segunda etapa da aquisição);
- o fato de o Comunicado publicado ao mercado em 10.05.2010 não citar a DETHALAS não descaracteriza a sua importância na operação em análise;
- inexistindo qualquer previsão legal que proíba a estrutura societária tal como foi realizada, não pode o Fisco buscar suprimir a liberdade negocial dos particulares, em razão de sua ausência de poderes de ingerência nestas relações;
- no que se refere ao alegado pela Autoridade Fiscal com relação à desnecessidade do empréstimo realizado, (i) a necessidade e viabilidade na obtenção de empréstimo é uma decisão financeira que compete exclusivamente à administração das companhias; (ii) não há qualquer vedação legal em se realizar um empréstimo prévio a uma aquisição de ações; e (iii) considerando-se que para a DETHALAS esta opção foi mais vantajosa economicamente, não pode o Fisco questionar os efeitos tributários de uma decisão que está no âmbito da liberdade empresarial do contribuinte;
- com relação ao questionamento realizado pela Autoridade Fiscal no que se refere ao penhor constituído em garantia aos credores das obrigações

assumidas, (i) foram oferecidas em garantia as ações emitidas pela TIVIT de titularidade da DETHALAS ("ações empenhadas") e, em observância a determinações legais envolvendo a garantia de dívidas assumidas, o APX BRASIL participou desta operação como interveniente anuente, não desempenhando qualquer papel além deste, mormente diante da impossibilidade de o FIP participar de tal negócio jurídico como parte; e (ii) o fato de as ações empenhadas passarem a ser de titularidade do Fundo após a incorporação da DETHALAS não tornam o FUNDO APX BRAZIL tomador do empréstimo;

- a aquisição alavancada não é uma “deletéria estratégia de investimento”, como alega a Autoridade Fiscal, mas, sim, uma estrutura comum no mercado na medida em que permite aos investidores a aquisição da companhia alvo sem o desembolso da integralidade dos recursos, possibilitando a sua utilização em outros investimentos;
- a aquisição alavancada foi a forma de viabilizar a realização e execução do negócio, especialmente em razão do ramo de atuação da Recorrente (serviços de tecnologia da informação ("TI") e Business Process Outsourcing ("BPO")), em que há expectativa de crescimento; alto fluxo de caixa, e baixo endividamento, características comuns, típicas para a ocorrência e fruição da aquisição alavancada;
- no que se refere à incorporação da DETHALAS, ao contrário do afirmado pela Autoridade Fiscal, a operação não foi realizada somente para a obtenção de vantagens tributárias, mas, sim, para simplificação da estrutura societária, já que a sociedade já havia realizado os propósitos negociais e específicos que motivaram a sua aquisição, com exceção da possível reabertura de capital da Recorrente (IPO), que acabou por ser descartada em razão da mudança no cenário do mercado financeiro da época;
- a necessidade de otimização da atuação empresarial passa, necessariamente, pela redução de despesas tributárias, que tem por fundamento o direito que o contribuinte detém de não ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico; e
- não há que se falar em prejuízo ao erário, tendo em vista que os vendedores da TIVIT apuraram e recolheram imposto de renda sobre o ganho de capital na compra das ações pela Recorrente e o crescimento da Recorrente levou ao aumento significativo das suas receitas e, em consequência, ao aumento da arrecadação tributária.

No que se refere à adição das despesas com ágio na base de cálculo da CSLL, alega a TIVIT que o IRPJ e a CSLL possuem as mesmas regras de apuração, mas não de dedutibilidade de despesa. Portanto, tendo em vista que o legislador não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, não há que se falar em glosa de despesa com amortização do ágio na base de cálculo da CSLL.

Por fim, sustenta TIVIT, ainda (i) que, na hipótese de cancelamento integral dos autos de infração, há a necessidade de restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL compensados de ofício pela Fiscalização com as bases de cálculo autuadas do IRPJ e da CSLL; (ii) que, ainda que não sejam cancelados os autos de infração subjacentes, há necessidade de recomposição das bases de cálculo do lançamento considerando o prejuízo fiscal de IRPJ e a base negativa de CSLL de períodos anteriores, que foram desconsiderados pela Autoridade Fiscal em razão dos valores discutidos nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720034/2016-74; (iii) a impossibilidade de exigência de multa isolada em razão da falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL após o término do período base, bem como a sua cumulação com multa de ofício; (iv) a inexistência de fraude ou conluio nas operações que culminaram com a amortização do ágio, bem como o caráter confiscatório da multa de ofício qualificada de 150% e a impossibilidade de exigência de multa em caso de decisão não unânime acerca da ocorrência da infração; e, com relação às matérias objeto de recurso de ofício, (v) a dedutibilidade das despesas financeiras, bem como dos pagamentos realizados a título de JCP.

LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, por sua vez, interpôs recurso voluntário, alegando, preliminarmente: (i) nulidade do acórdão recorrido, por ter deixado de rebater os argumentos que o Recorrente explorou em impugnação acerca da ausência de fundamentação legal para a imputação de responsabilidade; (ii) nulidade da decisão recorrida por ausência de motivação para não analisar a preliminar acerca da incompatibilidade entre os artigos 124 e 135 do CTN; (iii) nulidade do auto de infração por falta de fundamentação da responsabilidade tributária, tendo em vista que a Autoridade Fiscal não apontou os motivos de fato que levaram à responsabilização do Recorrente com base nos artigos 124, I e 135, III do CTN; e (iv) nulidade do auto de infração por atribuir ao Recorrente responsabilidade por dois fundamentos que não se relacionam e cujas condutas são excludentes entre si.

No mérito, LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, reitera e ratifica os argumentos apresentados por TIVIT em seu recurso voluntário, bem como sustenta, em síntese: (i) a falta de comprovação a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto; (ii) falta de comprovação da configuração efetiva denexo causal ou dolo nos atos praticados pelo Recorrente, de forma a atrair a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN, tendo em vista que figurava como diretor e membro do Conselho de Administração da TIVIT, que foi adquirida pela DETHALAS; (iii) que artigo 124, inciso I, do CTN não se presta a responsabilizar terceiro com base em mero interesse econômico, já que trata da solidariedade em razão de interesse jurídico na hipótese descrita como fato gerador da obrigação tributária, o que não se verifica no presente caso; (iv) impossibilidade de responsabilização do Recorrente pelas multas de ofício e isolada em razão do princípio da personalidade da pena; e (v) impossibilidade de exigência de multa em caso de decisão não unânime acerca da ocorrência da infração.

É relatório.

Voto

Conselheiro Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Relator.

I – ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

TIVIT teve ciência do acórdão da DRJ por meio de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, em 25.11.2020, data em que se considera feita a intimação nos termos do art. 23, §2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto n.º 70.235/72 (fl. 6229), e interpôs o recurso voluntário ora analisado em 23.12.2020.

LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, por sua vez, foi intimado do acórdão recorrido por carta em 04.12.2020 (fl. 6644) e interpôs o recurso voluntário ora analisado em 23.12.2020.

Portanto, tendo em vista o prazo de 30 dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235/1972, são tempestivos os recursos voluntários de TIVIT e LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR. Ademais, os recursos voluntários atendem aos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

II – RECURSO VOLUNTÁRIO DE TIVIT

1. PRELIMINARES:

1.1 Aplicação do art. 24 da LINDB

Sustenta a Recorrente a necessidade de aplicação do art. 24 da LINDB, tendo em vista que, à época das operações societárias e dos fatos geradores, a jurisprudência administrativa majoritária era favorável aos contribuintes no que se refere ao aproveitamento fiscal de ágio em casos de suposta utilização de "empresas veículo" para a aquisição de participações societárias, independentemente do seu propósito negocial.

Ao analisar a aplicação do art. 24 da LINDB ao processo administrativo fiscal, o CARF consolidou na Súmula Vinculante n.º 169 o entendimento de que “[o] art. 24 do decreto-lei n.º 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei n.º 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal”.

Ainda que a referida súmula possa ser objeto de críticas, especialmente com relação à uniformidade entre os acórdãos precedentes, o fato é que sua observância é obrigatória pelos membros do CARF, como estabelece o art. 72, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (“RICARF”), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de cancelamento da autuação fiscal, com base no art. 24 da LINDB, uma vez que à época dos fatos a jurisprudência do CARF asseverava pela legalidade da amortização do ágio, mesmo na hipótese de utilização de empresa veículo.

1.2 Nulidade do auto de infração por vício de fundamentação relativo à dedução de despesas

De acordo com a Recorrente, o auto de infração subjacente é nulo por vício de fundamentação, tendo em vista que a Autoridade Fiscal fundamentou a glosa das despesas com

ágio, regulada pelo artigo 386 do RIR/99, nas normas gerais de dedução de despesas (299 e 324 do RIR/99).

Sobre o tema, entendeu a decisão recorrida que "apesar de não constar no enquadramento legal do AI a expressa citação do art. 386, o fato é que ao longo do TVF, que faz parte integrante e indissociável do AI, este artigo do RIR, bem como sua matriz legal nos artigos 70 e 80 da Lei n.º 9.532/1997, foram citados à exaustão por parte da autoridade fiscal" (fls. 6143).

De acordo com o Decreto n.º 70.235/1972, são nulos (i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59). A demais irregularidades, incorreções e omissões, entretanto, não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo (art. 60).

No presente caso, a indicação de base legal relativa às normas gerais de dedução de despesas não causou qualquer prejuízo à Recorrente, especialmente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque, do TVF, é possível extrair, com exatidão, as razões que levaram a Autoridade Fiscal à glosar as despesas com ágio.

Acerca da inexistência de nulidade quando a falta de indicação correta do fundamento legal da autuação não prejudica o contribuinte, já decidiu a CSRF:

“NULIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.

Afasta-se a tese de nulidade relativa à falta de indicação do artigo que supostamente serviria de fundamento para a autuação, especialmente quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório” (Acórdão n.º 9101-004.250, j. em 09.07.2019)

Diante disso, afasto o argumento de nulidade do auto de infração por suposto vício de fundamentação no que se refere à dedutibilidade do ágio.

2. MÉRITO

2.1 Glosa das despesas com amortização de ágio na base de cálculo do IRPJ

Como visto acima, a operação que ensejou a glosa de despesas com amortização do ágio – bem como a glosa de suposto excesso de JCP e de despesas financeiras, objeto do recurso de ofício, como será tratado adiante – consistiu, basicamente, na (i) constituição, por investidores estrangeiros, de um fundo de investimento em participações no Brasil (“APX Brasil”), que (ii) adquiriu uma empresa brasileira (“DETHALAS”), recém-constituída e com capital social de R\$ 1.000,00, que, por sua vez, (iii) adquiriu, em etapas e com ágio, a TIVIT, uma empresa brasileira de capital aberto.

Na primeira etapa da aquisição da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS celebrou contratos de compra e venda das ações da TIVIT com alguns de seus sócios e efetuou o

pagamento do preço com valores integralizados pelo APX Brasil, que, por sua vez, foram integralizados por seus investidores estrangeiros.

Na segunda etapa da aquisição da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS emitiu debentures, para captar parte dos recursos necessários para a aquisição das ações da TIVIT pertencentes a investidores não controladores. O restante do preço foi pago com os recursos anteriormente integralizados pelo APX Brasil.

Após a aquisição com ágio de 97,79% do capital da TIVIT pela DETHALAS, a DETHALAS foi incorporada pela TIVIT e a TIVIT passou a deduzir o ágio pago na operação, bem como as despesas financeiras decorrentes das debêntures outrora emitidas pela DETHALAS.

Ao analisar a operação, a Autoridade Fiscal entendeu que a emissão de debêntures não decorreu “de necessidade da operação de aquisição da TIVIT, mas em opção estratégica dos investidores...conhecida como aquisição alavancada, compra alavancada, ou leveraged buyout (LBO), [que] 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”. Acrescenta que o financiamento não foi uma necessidade financeira da DETHALAS, posto que os investidos estrangeiros se comprometeram a suprir a compradora com os recursos financeiros necessários para fazer frente à aquisição das ações da TIVIT. Com isso, concluiu que a dívida era desnecessária e, em verdade, foi assumida pelo APX Brasil, o que viola a Instrução CVM nº 391/2003, que veda a contratação de empréstimo por fundos de investimento em participação.

Além disso, de acordo com a Autoridade Fiscal, DETHALAS foi uma empresa interposta, sem substância econômica, que objetivou transportar para a TIVIT, tanto o ágio pago em sua própria aquisição, quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. Isso porque, em resumo, (i) a DETHALAS não teve qualquer funcionário ao longo da sua existência ou registrou despesas com remuneração de seus diretores; (ii) todas as despesas registradas pela DETHALAS tiveram intrínseca relação com o processo de aquisição da TIVIT, o que reforça que a sua existência teve como única razão ser instrumento de aquisição e de passagem da participação na TIVIT; (iii) parte expressiva dos serviços relativos à aquisição da TIVIT foram custeados por um cotista da APX Brasil e por outra empresa do grupo dos fundos APX; e (iv) eram os cotistas do APX Brasil que discutiam os serviços prestados para a DETHALAS. Por ser a DETHALAS uma empresa interposta do APX, real adquirente da TIVIT, a incorporação daquela por esta não promoveu a “confusão patrimonial” exigida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, isto é, a reunião entre a participação societária adquirida com ágio e o ágio pago por tal participação, o que impede a sua dedutibilidade para fins fiscais.

De fato, como identificou a Autoridade Fiscal, a aquisição da TIVIT pela DETHALAS consistiu em uma compra alavancada, ou “leveraged buyout”, que ocorre quando uma empresa adquire participação societária em outra, utilizado, parcial ou totalmente, capital de

terceiros. Esse tipo de operação, muito utilizada no mercado de *private equity* para aquisição de controle societário, segue um padrão comum, como explica Carlos Augusto Daniel Neto¹:

“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 como *buyout*, e, após um determinado período, realizar desinvestimentos para devolver o capital aos investidores, com o lucro auferido”.

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 APX Brasil contrair dívidas para a aquisição da TIVIT, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição da DETHALAS, a meu ver, foi indispensável para a realização da operação de compra alavancada.

E, ainda que assim não fosse, não interessa ao Fisco se a DETHALAS tinha outras formas de arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição da TIVIT ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do APX Brasil. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

Cumprе ressaltar que não há, no ordenamento jurídico atual, qualquer proibição de que o contribuinte, munido de duas opções igualmente válidas, opte por aquela que implica em maior economia tributária. Sobre o tema foram as palavras da Ministra Cármen Lúcia, nos autos da ADI nº 2.446, que discutia a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN²:

“A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada”.

Nessa mesma linha, explicam Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins que “não haverá transação sem que o aspecto tributário não influencie o comportamento do

¹ 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.

² J. em 11.04.2022.

contribuinte: tirados os efeitos tributários de qualquer transação, esta teria contornos diversos”. Assim, os administradores de qualquer empreendimento com fins lucrativos têm por objetivo maximizar o resultado empresarial, o que é feito, inclusive, por meio da redução dos custos e despesas, dentre eles, a tributação, razão pela qual não faz qualquer sentido “desqualificar uma ação empresarial porque esta tem como objetivo pagar menos tributos”³.

Retomando a operação objeto dos presentes autos, após captação dos recursos e a conclusão da aquisição da TIVIT, de fato, a utilidade da DETHALAS se esgotou. Com isso, tornou-se mais eficiente, inclusive do ponto de vista tributário, reunir, em uma única pessoa jurídica, as despesas financeiras decorrentes da emissão de debentures pela DETHALAS (“dívida”) e a receita operacional gerada pela TIVIT (“fluxo de caixa necessário ao pagamento da dívida”).

O fato de a DETHALAS não ter funcionários ou remunerar diretores, ou, ainda, ter uma duração efêmera, por si só, não a torna uma “empresa veículo”, nos termos pretendidos pela Autoridade Fiscal, ou justifica a desconsideração da operação realizada pela Recorrente. Como bem explica o Conselheiro Luís Flávio Neto, no Acórdão n.º 9101.002.397, proferido pela CSRF em 14.07.2016, a aferição de existência de simulação exige considerações distintas a depender de se tratar de empresa com rendimentos ativos, como as indústrias, ou de empresas apenas com rendimentos passivos, como holdings financeiras. Isso porque, “[e]nquanto muitas vezes a obtenção dos primeiros (rendimentos ativos) pressupõe estrutura operacional robusta, a condução das atividades relacionados aos últimos (rendimentos passivos) pode exigir, por natureza, estrutura operacional mínima”.

Portanto, uma empresa, que tem por objetivo captação de recursos para investimento em participação societária de uma única companhia, como é o caso da DETHALAS, não requer estrutura operacional significativa. Ademais, o fato de todas as despesas registradas pela DETHALAS terem relação direta com a aquisição da TIVIT reforça a necessidade de sua constituição, bem como evidencia que, concluída a operação de compra da TIVIT, a sua função estava esgotada, o que justifica a sua extinção.

No que se refere ao argumento de que os serviços relativos à aquisição da TIVIT foram custeados por um cotista do APX Brasil e por outra empresa do grupo dos fundos APX, rebate a Recorrente que a DETHALAS não teve participação na etapa prévia à aquisição da TIVIT, razão pela qual o patrocínio de parte dos honorários advocatícios, durante o período de consultorias sobre a operação pretendida, bem como o desembolso das despesas incorridas nesta etapa preparatória foram arcados, em grande parte, pelos FUNDOS APAX e APAX PARTNERS, o que, entretanto, não invalida as operações, por se tratar de controladores que possuíam um interesse direto na concretização da operação, bem como por se tratar de custos e tratativas realizadas ainda em fase prévia à aquisição.

Realmente, de acordo com a própria Autoridade Fiscal, o interesse do Grupo APAX na TIVIT teve início em janeiro de 2010 e, em fevereiro de 2010, foi firmado entre as partes o termo de confidencialidade necessário à realização da *due diligence*. Entretanto, somente em março de 2010, foi constituído o APX Brasil e, abril de 2010, o fundo adquiriu a

³ LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 3. ed., São Paulo: Dialética, p. 67-70.

DETHALAS. Da cronologia dos fatos se extrai que atos preparatórios à aquisição da TIVIT foram realizados antes da DETHALAS ser adquirida pelo fundo.

De fato, como apontou a decisão recorrida, houve pagamento significativo de despesas de interesse da DETHALAS, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao estabelecimento de valores para as ações da TIVIT a serem adquiridas em oferta pública de ações, por outras empresas do Grupo APAX (fl. 6151). O pagamento de custos e despesas de uma empresa por outra indica a existência de confusão patrimonial, cujos efeitos tributários podem, eventualmente, ser objeto de autuação, mas que não resultam, por si só, na artificialidade da operação em análise e tampouco afastam a necessidade de constituição da DETHALAS para a captação de recursos para a aquisição da TIVIT.

Diante disso, concluo que não há artificialidade na operação em análise, de forma que restou configurada a “confusão patrimonial”, isto é, o encontro entre investidora detentora do ágio (DETHALAS) e a investida adquirida com ágio (TIVIT), o que autoriza a amortização do ágio gerado na operação da base de cálculo do IRPJ, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, razão pela qual o RECURSO VOLUNTÁRIO do contribuinte deve ser PROVIDO nessa parte.

2.2 Glosa das despesas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL

Como visto acima, discute-se, nos presentes autos, a dedutibilidade do ágio, gerado em 2010 e 2011, quando da aquisição da TIVIT, ora Recorrente, pela DETHALAS, também da base de cálculo da CSLL, relativa aos anos-calendário de 2014 a 2016.

De acordo com a Autoridade Fiscal, os encargos de amortização do ágio “foram abatidos, nos correspondentes períodos, do lucro líquido apurado pelo contribuinte de acordo com a Lei nº 11.638/2007 para obtenção do lucro líquido pelos critérios contábeis vigentes em 31/12/2007 e, não foram posteriormente adicionados na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL. Consequentemente, deprimiram em igual medida as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apuradas pelo contribuinte”.

A Recorrente, por sua vez, sustenta que o IRPJ e a CSLL possuem as mesmas regras de apuração, mas não de dedutibilidade de despesa. Portanto, tendo em vista que o legislador não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, não há que se falar em glosa de despesa com amortização do ágio na base de cálculo da CSLL.

Como já me manifestei em diversas oportunidades⁴, entendo que, até o advento da Lei nº 12.973/14, não havia previsão legal de ajuste fiscal ou neutralidade fiscal do ágio para fins de CSLL, de forma que as alterações contábeis no valor do ágio impactavam diretamente a apuração da contribuição. Diante disso, ainda que fosse mantida a autuação com relação ao IRPJ, haveria argumentos autônomos para afastá-la no que se refere à CSLL. No entanto, quando do julgamento do presente processo, prevaleceu o entendimento de que afastada a glosa de despesa

⁴ Dentre elas, no Acórdão n. 1301-006.476, j. em 15.08.2023.

com amortização do ágio da base do IRPJ, o mesmo tratamento deveria ser conferido com relação à CSLL.

III - RECURSO VOLUNTÁRIO DE LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR

1. PRELIMINARES

1.1 Nulidades do acórdão recorrido

Em seu recurso voluntário, LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR sustenta a nulidade do acórdão recorrido, por (i) ter deixado de rebater os argumentos que o Recorrente explorou em impugnação acerca da ausência de fundamentação legal para a imputação de responsabilidade, tendo se limitado a concordar com a Autoridade Fiscal, e (ii) ausência de motivação para não analisar a preliminar acerca da incompatibilidade entre os artigos 124 e 135 do CTN.

De acordo com o Decreto nº 70.235/1972, são nulos (i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59). A demais irregularidades, incorreções e omissões, entretanto, não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo (art. 60).

Portanto, cabe aqui analisar se, de fato, a decisão recorrida deixou de se pronunciar sobre a ausência de fundamentação legal para a imputação de responsabilidade, bem como deixou de analisar a preliminar de incompatibilidade entre os artigos 124 e 135 do CTN e, se sim, se isso implicou em preterição do direito de defesa ou prejuízo ao sujeito passivo.

Como já decidido pelo STJ, o “jugador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...) sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida” (Edcl em MS 21315/DF – Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 2014/0257056-9, publicado no DJe 15/06/2016).

Diante disso, não vislumbro a existência de nulidade por ter a decisão recorrida concordado com a fundamentação legal para a imputação de responsabilidade adotada pela Autoridade Fiscal, mormente porque o julgador *a quo* fundamentou sua decisão e cotejou os atos imputados ao Recorrente com o disposto nos artigos 124 e 135 do CTN.

No que se refere à segunda nulidade, suposta ausência de análise da incompatibilidade entre os artigos 124 e 135 do CTN, a decisão recorrida entendeu que se tratava de questão de mérito e, com isso, analisou a subsunção dos atos imputados ao Recorrente aos referidos dispositivos legais, donde se extrai, ainda que de forma indireta, que concluiu pela compatibilidade entre a responsabilidade tributária atribuída com base nos artigos 124 e 135 do CTN.

Assim, ao examinar a aplicação dos 124 e 135 do CTN e manter a responsabilização do Recorrente com base em ambos os dispositivos, o julgador encontrou motivos suficientes para proferir sua decisão, de forma que a concordância com a Autoridade

Fiscal e a ausência de análise expressa da compatibilidade entre os dispositivos não causaram qualquer prejuízo ao Recorrente ou preterição em seu direito de defesa.

Diante do exposto, afasto os argumentos do Recorrente com relação à nulidade do acórdão recorrido.

1.2 Nulidades no auto de infração

Alega o Recorrente, preliminarmente, ainda, a nulidade do auto de infração (i) por falta de fundamentação da responsabilidade tributária, tendo em vista que a Autoridade Fiscal não apontou os motivos de fato que levaram à responsabilização do Recorrente com base nos artigos 124, I e 135, III do CTN, bem como (ii) por atribuir ao Recorrente responsabilidade por dois fundamentos que não se relacionam e cujas condutas são excludentes entre si.

Como se extrai do TVF, a responsabilização do Recorrente decorreu, em suma, dos seguintes motivos de fato (fl. 4913): (i) desempenho de importante papel, evidenciado no comunicado divulgado pela TIVIT em 10/05/2010 acerca da sua manutenção na dianteira da empresa e em seu quadro de acionistas (fl. 4913); (ii) composição do quadro de acionistas controladores da TIVIT, bem como ocupação dos cargos de diretor-presidente e presidente do conselho de administração, durante todo processo de aquisição da TIVIT e incorporação da DETHALAS; e (iii) auferimento de benefícios decorrentes das indevidas vantagens fiscais resultantes da utilização da DETHALAS na incorporação da TIVIT.

Assim, não há dúvidas de que a Autoridade Fiscal apontou os motivos de fato que levaram à responsabilização em discussão. O inconformismo do Recorrente com a motivação apontada não enseja a nulidade do auto de infração, por não configurar hipótese prevista no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972.

Da mesma forma, a questão da incompatibilidade entre os artigos 124 e 135 do CTN não é causa de nulidade do auto de infração, por não se subsumir ao disposto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972.

Diante do exposto, afasto os argumentos do Recorrente relativos à nulidade do auto de infração.

2. MÉRITO

A responsabilidade tributária, matéria de lei complementar por força do art. 146, III, “a” da Constituição Federal, é espécie de sujeição passiva tributária, disciplinada nos arts. 128 a 138 do CTN, que é lei formalmente ordinária, recepcionada pelo texto constitucional com força de lei complementar.

O responsável tributário, assim como o contribuinte, é sujeito passivo da obrigação tributária, seja ela principal ou acessória. No entanto, nos termos do art. 121, parágrafo único, do CTN, o contribuinte mantém “*relação pessoal e direta com a situação que constitua o*

respectivo fato gerador”, enquanto o responsável tributário é aquele que “*sem revestir a condição de contribuinte [tenha] obrigação [que] decorra de disposição expressa de lei*”.

Isto é, o contribuinte é aquele que tem o dever de realizar o comportamento objeto da obrigação tributária, em detrimento do próprio patrimônio. Como explica Geraldo Ataliba, “é a pessoa que terá diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo [...] [estando] em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência”⁵. O responsável, por sua vez, é aquele que “não realizando o fato gerador da obrigação, a lei lhe imputa o dever de satisfazer o crédito tributário em prol do sujeito ativo”⁶.

Ao responsável é atribuída essa condição (i) em substituição daquele que naturalmente seria o contribuinte, pelas razões previstas na legislação; ou (ii) por transferência do dever de satisfazer a obrigação, outrora atribuída ao contribuinte. A responsabilidade por transferência pode ocorrer de forma que o contribuinte permaneça no polo passivo (como no art. 134 do CTN) ou que o terceiro responda pessoal e exclusivamente pela obrigação tributária (como no art. 135 do CTN).

No presente caso, a responsabilidade de LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR foi embasada nos artigos 124, I e 135, III do CTN. Diante disso, resta perquirir se as condutas a ele imputadas se subsomem às hipóteses previstas nos referidos artigos.

(i) Art. 124 do CTN

No termos do art. 124 do CTN, são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário, sem benefício de ordem, as pessoas com interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal (inciso I) e as pessoas expressamente designadas por lei (inciso II).

As pessoas “designadas por lei” são aquelas cuja responsabilidade é expressamente atribuída pela legislação, não suscitando grandes dúvidas. O “interesse comum”, por sua vez, apesar da subjetividade, não deve ser objeto de alargamento conceitual imoderado apenas para fins de cobrança do crédito tributário. Isso porque “[a] *solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. [...] É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias*”⁷.

Assim, o art. 124 do CTN contempla hipóteses de solidariedade entre pessoas que já figuram no polo passivo da relação tributária, seja na condição de contribuinte, por ter realizado o comportamento objeto da obrigação tributária, seja de responsável, não autorizando,

⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 86.

⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 507-508.

⁷ BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro; atualização de Misabel Abreu Derzi. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 1.118.

por si só, a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros. Nesse sentido, ensina Regina Helena Costa⁸:

“A solidariedade tributária, que é sempre passiva, somente pode existir entre sujeitos que figurem nesse polo da relação obrigacional. (...) Por intermédio desse expediente, não se inclui terceira pessoa no polo passivo da obrigação tributária, representando apenas ‘forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo’”.

Diante disso, cronologicamente, primeiro, um terceiro deve ser responsabilizado pelo crédito tributário, passando a figurar no polo passivo da relação jurídica, ao lado do contribuinte ou em substituição a ele, para, então, incidir o comando do art. 124 do CTN, que determina a solidariedade entre aqueles que já são sujeitos passivos da obrigação tributária;

A interpretação sistemática do Código Tributário Nacional confirma o entendimento de que o referido dispositivo não se presta a atribuir responsabilidade a terceiros, mas apenas a graduar a responsabilidade entre os sujeitos passivos da obrigação tributária. Isso porque o art. 124 do CTN está dentro do “Capítulo IV – Sujeito Passivo” e não do “Capítulo V – Responsabilidade Tributária”.

Portanto, por se tratar de uma norma de solidariedade – e não de responsabilidade – o art. 124 não é suficiente para atribuir responsabilidade tributária a LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, servindo, apenas, para graduar a responsabilidade entre o Recorrente e a TIVIT, caso subsista a sua responsabilização com base no art. 135, III, do CTN.

(ii) Art. 135 do CTN

Para se determinar o alcance do art. 135 do CTN é preciso analisa-lo em conjunto com o art. 134 do CTN. Apesar de ambos contemplarem hipóteses de responsabilização de terceiros, o art. 134 determina a responsabilidade solidária entre contribuinte e terceiro, pelos atos e omissões praticados, na hipótese de impossibilidade de exigência da obrigação principal do contribuinte; enquanto o art. 135 trata da responsabilidade pessoal do terceiro, quando a obrigação tributária decorrer de atos por ele praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

Como ensina Aliomar Baleeiro, na responsabilidade regida pelo art. 134 do CTN, o contribuinte e o responsável permanecem no polo passivo da relação, “o primeiro, em caráter preferencial, o segundo, subsidiariamente, bastando para isso o descumprimento do dever de pagar tributo devido pelo contribuinte ou a negligência na fiscalização do pagamento”⁹. Já no art. 135, tendo em vista que o terceiro age intencionalmente de má fé contra aquele que representa, a responsabilidade é inteiramente transferida, respondendo o terceiro pessoalmente, de forma plena e exclusiva, pela obrigação tributária.

Especificamente no que se refere à responsabilização dos sócios, o art. 134 do CTN exige (i) a impossibilidade de exigência da obrigação do contribuinte; (ii) a prática de ato

⁸ COSTA, Regina Helena. Código Tributário Nacional Comentado: em sua moldura constitucional. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 276.

⁹ BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro; atualização de Misabel Abreu Derzi. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 1.152.

ou omissão pelo terceiro, no caso, o sócio; e (iii) a liquidação da sociedade de pessoas. Já o art. 135 do CTN exige, para a responsabilização pessoal dos sócios ou administradores, (i) a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto; (ii) a existência denexo-causal entre o ato praticado e a obrigação tributária surgida.

A interpretação sistemática dos referidos dispositivos faz com que a mera falta de recolhimento de tributos se subsuma ao art. 134 do CTN, enquanto o art. 135 do CTN abarque as hipóteses de infração a leis diversas daquelas que instituem obrigações tributárias principais. Nesse sentido, o STJ, em recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese:

“A simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa” (REsp nº 1101728/SP, j. em 11.03.2009).

Corroborando desse entendimento Luis Eduardo Schoueri¹⁰:

“Nota-se que a infração de que cogita o dispositivo não há de ser a mera falta de recolhimento do tributo. Claro que não recolher um tributo no prazo é uma infração a lei. Entretanto, fosse esse o alcance do artigo 135, então não teria sentido o artigo 134, que já versa sobre responsabilização por não recolhimento do tributo. Para que o último dispositivo tenha algum alcance, há de se entender que o artigo 135 compreende as infrações a leis não tributárias; e, no que se refere às leis tributárias, excetua-se o mero inadimplemento”.

Aplicando tais lições ao caso concreto, tem-se que LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR foi responsabilizado com base no art. 135, III, do CTN, por figurar como acionista, diretor-presidente e presidente do conselho de administração da TIVIT no período em que ocorreu a sua aquisição com ágio e a incorporação da DETHALAS, desempenhando importante papel na referida operação e dela auferindo benefícios decorrentes das indevidas vantagens fiscais geradas. Vê-se, portanto, que não foram imputados ao Recorrente, forma objetiva, atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. O simples fato de o Recorrente figurar como acionista, diretor-presidente e presidente do conselho de administração da TIVIT – que, frise-se, foi a empresa adquirida – não é suficiente para a atribuição de responsabilidade tributária com base no art. 135 do CTN.

Tanto as condutas não foram objetivamente atribuídas ao Recorrente no TVF que a decisão recorrida, ao manter a responsabilização, afirma que “o impugnante foi o único dos então controladores da TIVIT que não alienou a totalidade das suas ações, justamente porque deveria ser peça chave da reorganização então iniciada, possivelmente pela expertise que possuía no negócio e pelo interesse do grupo adquirente na sua permanência no quadro de sócios da sociedade”. Ora “deveria ser peça chave” e “possivelmente possuir expertise”, por óbvio, não são condutas objetivas que indiquem a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Ainda que assim não fosse, como tratado acima, a utilização da DETHALAS para aquisição do controle da TIVIT foi essencial à operação, tendo em vista a vedação à contratação

¹⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 614.

de empréstimos por fundo de investimento em participações, contida na Instrução CVM n.º 391/2003, donde se extrai que, ainda que ao Recorrente tivessem sido imputadas condutas objetivas, delas não decorreram qualquer obrigação tributária.

Diante disso, seja em razão da não subsunção dos fatos atribuídos ao Recorrente à hipótese de responsabilização de terceiros prevista no art. 135, III, do CTN, somada à inaplicabilidade do art. 124 do CTN para atribuir responsabilidade a terceiros, seja por não haver obrigação tributária passível de responsabilização, deve ser julgado procedente o recurso voluntário de LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR.

IV – RECURSO DE OFÍCIO

1. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE OFÍCIO

A Portaria MF n.º 2, de 2023, estabeleceu o limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Confira-se:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

No caso em tela, somando-se os valores exonerados em primeira instância (fls. 6200-6203), verifica-se que superam o limite estabelecido pela norma em referência. Portanto, conheço do recurso de ofício.

2. MÉRITO

A DRJ julgou parcialmente procedente as impugnações de TIVIT e LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, para exonerar o crédito tributário de IRPJ e CSLL com relação às infrações de dedução das despesas financeiras e de dedução de excesso de JCP, extinguido, por consequência, as multas correlatas. Além disso, julgou procedente as impugnações de CITI DTVM e BMA ADV, excluindo-os do polo passivo da obrigação tributária.

2.1 Crédito tributário decorrente da dedução de despesas financeiras

De acordo com a DRJ, a DETHALAS foi necessária para a obtenção do empréstimo utilizado na aquisição da TIVIT, tendo em vista a impossibilidade do APX Brazil fazê-lo, não cabendo ao Fisco ingerir sobre a forma de captação de recursos pela entidade, sob pena de ferir a liberdade de condução dos do contribuinte, constitucionalmente garantida. Acrescenta que não procede a alegação da Autoridade Fiscal de que o empréstimo foi formalmente assumido pela DETHALAS exclusivamente para proporcionar economia fiscal, tendo em vista que os contratos relativos à captação de recursos foram celebrados com

instituições financeiras totalmente independentes, razão pela qual são legítimos os juros correlatos. Por fim, concluiu, a partir da análise da legislação, que é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, razão pela qual entendeu como necessárias as despesas financeiras incorridas na operação. Confira-se:

“De fato observa-se que o CITI DTVM, na qualidade de administrador do FIP, protocolizou pedido à CVM em 09/12/2010 (Doc. 307 B – Pedido à CVM de fls. 4.369/4.371) para que a autarquia federal dispensasse o Fundo do cumprimento da restrição de endividamento prevista no art. 35, inc. III da Instrução CVM nº 391/2003, caso fosse necessário *“qualquer aditamento ao Contrato de Penhor, inclusive para constituir o Penhor sobre ações adicionais de emissão da Tivit”*, bem como a celebração de *“instrumento particular de constituição de alienação fiduciária de ações de emissão da Tivit”*, em *“substituição ao contrato de Penhor”*, por força da alteração da sua situação em relação à TIVIT, que passaria de controladora indireta para controladora direta após a incorporação da DETHALAS. É fato também que o administrador relatou com detalhes toda a operação realizada, inclusive a necessidade da emissão de debêntures por parte da DETHALAS, o PENHOR em garantia dado com as ações da TIVIT e a participação do APX BRAZIL na qualidade de interveniente, juntamente com o Bradesco S.A Corretora de Títulos e Valores Mobiliários.

O andamento deste pedido dentro da CVM foi registrado nos autos através de um Memorando interno de 22/06/2011 (MEMO/CVM/SIN/GIE/Nº 92/2011), de fls. 4.362/4.367, e sua aprovação através do OFÍCIO/CVM/SIN/GIE/Nº 2091/2011, de fl. 4.368, tendo ressaltado que a dispensa concedida atingia apenas *“os casos concretos submetidos à análise desta Comissão, não sendo extensível a outras operações do fundo”*. Sendo assim, entendo que a CVM tomou conhecimento da operação tal como efetivamente ocorrida e, ao aprovar eventual futuro aditamento do Contrato de PENHOR celebrado, ou mesmo a sua substituição por Alienação Fiduciária, também aprovou, ainda que tacitamente, a qualificação de interveniente anuente do FIP no Contrato de PENHOR assinado, de forma que não pode subsistir a acusação fiscal de que o APX BRAZIL era de fato o tomador do empréstimo, mormente se baseada no argumento de que a CVM não conheceu da circunstância envolvida.

À guisa de informação, cumpre esclarecer que o mencionado inciso III do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003 encontra-se com nova redação desde 28/06/2013 com o advento da Instrução CVM nº 535, e desde então a restrição para o FIP *“prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma”* deixou de existir no caso de haver *“aprovação da maioria qualificada dos cotistas reunidos em assembléia geral, desde que o regulamento do fundo preveja esta possibilidade”*.

No plano legislativo o impugnante invoca, na defesa do caráter operacional dessas despesas financeiras, a aplicação do art. 374 do RIR/99 e do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, além dos Pareceres Normativos CST nºs 127/1973 e 26/1979. Arremata afirmando que se a despesa era dedutível na DETHALAS, por certo também o seria na TIVIT, que a sucedeu em todos os direitos e obrigações por imposição legal contida no art. 227 da Lei nº 6.404/1976 e no art. 1.116 do Código Civil.

Como já antecipado na parte deste voto que cuidou da amortização do ágio, entendi que a DETHALAS foi necessária para a obtenção do empréstimo de R\$ 400 milhões utilizado como parte da liquidação financeira da OPA na aquisição das ações da TIVIT na 2ª trancha da operação. Isto principalmente porque o APX BRAZIL, seu controlador, não poderia ter assumido o empréstimo que financiou a parcela da compra do investimento, por força do impedimento contido no art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003, fato aliás que é incontroverso nos autos. Neste caso específico concordo com a defesa que a autoridade fiscal não poderia ter desconsiderado a opção adotada pelo financiamento da aquisição de parte das ações da TIVIT feito pela DETHALAS sob a

alegação que havia outros dois caminhos possíveis para a obtenção da quantia necessária para a compra que não envolveriam a DETHALAS, e portanto, não acarretariam em despesa financeira para ela e depois para a sua incorporadora. Entendo que se a opção adotada pelo sujeito passivo estava prevista no ordenamento jurídico, foi comunicada ao órgão regulador competente e atendeu a um propósito comercial, específico e válido, então não caberia ao Fisco exigir que outro caminho mais oneroso fiscalmente fosse percorrido, sob pena de assim ferir a liberdade de condução dos negócios do contribuinte protegida pela constituição.

A alegação da fiscalização que o empréstimo foi assumido formalmente pela DETHALAS exclusivamente para proporcionar economia fiscal pela apropriação dos encargos financeiros não me parece ser uma verdade tão clara neste caso, pois tanto o “*Instrumento Particular de Escritura de Emissão Pública de Debêntures Não Conversíveis em Ações, da Espécie com Garantia Real, da Primeira Emissão de Dethalas Empreendimentos e Participações S.A.*”, quanto o “*Instrumento Particular de Constituição de Penhor de Ações de Emissão de Tivit Terceirização de Processos Serviços e Tecnologia S.A.*”, foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes (SLW Corretora de Valores e Câmbio Ltda - em ambos os instrumentos e Banco Bradesco BBI S.A e Banco Santander (Brasil) S.A., como outorgantes no segundo instrumento), e sendo assim, os juros devidos foram pagos para estas instituições financeiras, e não para qualquer outra empresa do grupo econômico, no que poderia caracterizar no jargão financeiro como uma operação “Zé com Zé”. Com isso, se é verdade que a TIVIT reduziu a sua carga fiscal em aproximadamente R\$ 24.971.649,00, correspondente a 34% (IRPJ/CSLL) do valor das despesas financeiras de R\$ 73.446.029,00 registradas no período correspondente ao AI, também é verdade que o caixa do sujeito passivo teve um desembolso líquido efetivo de R\$ 48.474.380,00, correspondente à diferença entre ambos, e que foi parar no caixa de outras empresas, de sorte que para economizar tributos na ordem de R\$ 24,9 milhões houve um desembolso financeiro de R\$ 73,4 milhões, fato que não revela nitidamente que a operação de empréstimo para liquidar parte da OPA foi necessariamente realizada visando apenas a economia fiscal proporcionada. *Ad argumentandum*, mantida a linha do interesse meramente fiscal pretendido com o empréstimo, caberia também botar na conta que as despesas contabilizadas reduziram o lucro líquido do exercício, e conseqüentemente, repercutiram negativamente no patrimônio líquido contábil do contribuinte, o que certamente reduziu o potencial da apuração e pagamento futuro do JCP para o socio controlador, no montante líquido entre despesa e economia fiscal.

Fazendo agora uma análise do ponto de vista legal, há de se reconhecer que não existe proibição de que o adquirente de uma participação societária recorra a um empréstimo para liquidar o preço de aquisição, exceto no caso do FIP que, como vimos, tem uma vedação de ordem infra legal e regulatória prevista no inciso II do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003. Há normas legais, inclusive, que regulamentam a dedutibilidade dos juros incorridos em tais operações, como o art. 374 do RIR/99 e o art. 31 da Lei nº 11.727/2008 (citados pelo impugnante na peça de defesa), este último exclusivo para pessoa jurídica cujo objeto social seja o de holding, que era o caso da DETHALAS. A seguir reproduzo estes artigos: (...)

A leitura destes artigos deixa claro que é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento da aquisição de bens do ativo permanente, no caso do art. 374 do RIR/99, e especificamente para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, no caso do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, havendo para este último, inclusive, a faculdade de diferimento no reconhecimento das despesas para o momento da alienação do investimento, devendo neste caso, integrar o custo de aquisição para os fins de apuração do ganho ou perda de capital. (...)

Desta forma, analisado todo o contexto fático envolvido, entendo que as despesas financeiras decorrentes do financiamento da parcela do preço de aquisição das

ações da TIVIT na 2ª trancha (OPA) apresentam as características exigidas pelo art. 299 do RIR/99 para serem consideradas necessárias para a DETHALAS, pois estavam intrinsecamente relacionadas com a manutenção da sua fonte produtora dos rendimentos (TIVIT), e portanto devem ser dedutíveis na determinação do lucro real e da BC da CSLL da TIVIT, em face do fenômeno legal da sucessão universal que é próprio do instituto da incorporação”.

Como tratado na análise do recurso voluntário da TIVIT, entendo que a DETHALAS foi indispensável para a captação dos recursos necessários à aquisição da TIVIT, em razão do disposto na Instrução CVM n.º 391/2003, não podendo o Fisco desconsiderar a forma de captação de recursos adotada pela empresa. Assim, tendo a DETHALAS validamente contraído empréstimos para a aquisição da TIVIT, igualmente válidos – e portanto, dedutíveis – são os juros correlatos.

Diante do exposto, não há reparos a fazer na decisão da DRJ no que se refere à exoneração do crédito tributário de IRPJ e CSLL e dos juros e multas correlatos com relação à infração de dedução das despesas financeiras.

2.2 Crédito tributário decorrente da dedução em excesso de JCP

Com relação ao crédito tributário decorrente da dedução em excesso de JCP, a decisão da DRJ entendeu que a glosa de despesas de amortização do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL não altera a realidade contábil da TIVIT, especialmente no que se refere aos valores registrados em seu patrimônio líquido, que decorem da incorporação de controladora por controlada.

Com relação ao ajuste contábil efetuado pela Autoridade Fiscal para refletir, no passivo da companhia, com impactos no valor do seu patrimônio líquido, os autos de infração lavrados nesses autos e nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720034/2016-74, concluiu a DRJ que não cabe ao Fisco proceder a tais ajustes, tendo em vista caber unicamente ao contribuinte decidir quando e como contabilizar tais valores, mormente porque os créditos tributários correlatos estão suspensos por força do art. 151, III, do CTN.

Por fim, considerou que valor do patrimônio líquido a ser adotado no cálculo dos JCP é aquele utilizado pela fiscalização e constante na ECF, que se baseia nos critérios contábeis vigentes em 31.12.2007 – fato que não foi impugnado pelo Recorrente. Confira-se:

*“De acordo com estas normas parece-me não haver dúvida de que a variável que regula o cálculo do JCP é mesmo o valor contábil das contas do patrimônio líquido da empresa pagadora, como argumentou a defesa. O meu voto na infração referente à amortização do ágio foi pela manutenção do lançamento, seguindo boa parte dos argumentos utilizados pela autoridade fiscal que redundou na conclusão sobre a indedutibilidade da referida despesa de amortização do ágio para fins fiscais. Essa infração lançada de ofício não quer dizer, todavia, que os demais efeitos societários e contábeis decorrentes da reorganização societária, entre eles o aumento de capital na TIVIT derivado da incorporação da DETHALAS e a própria despesa contábil de amortização do ágio, não devam ser considerados para os demais fins, ou seja, nas palavras do próprio impugnante, a glosa da despesa de amortização para fins de apuração do lucro real e da BC da CSLL “**não tem o condão de alterar a realidade contábil aqui descrita, que decorre da incorporação de controladora por sua controlada**”.*

Assim é que nos registros contábeis da TIVIT relacionados à incorporação, estão lançados tanto a transferência do ágio que estava contabilizado na DETHALAS, no valor de R\$ 1.174.205.283,42, como a transferência das debêntures a pagar de longo prazo, no valor de R\$ 400.000.000,00, bem como o aumento de capital de R\$ 920.616.809,59. Estes lançamentos estão registrados do livro Diário às fls. 3.586/3.588 do processo. Também está devidamente documentado o evento da incorporação, através do Protocolo e Justificação da Incorporação da DETHALAS pela TIVIT; do Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido Contábil da DETHALAS, apurado por meio dos livros contábeis e da Ata da AGE da DETHALAS, realizada em 31/03/2011, a qual aprovou o Protocolo e Justificação, a nomeação dos peritos contadores, o laudo de avaliação apresentado por estes e, finalmente, aprovou o evento de incorporação. Nestes documentos, reunidos no arquivo 001K DOC8 (fls. 930/945), está assentado que o acervo líquido da DETHALAS a ser incorporado é de R\$ 920.616.809,59, o mesmo valor de aumento de capital na TIVIT, como é típico em eventos societários desta natureza. A AGE da TIVIT, também realizada em 31/03/2011, igualmente aprovou o Protocolo e Justificação, a nomeação dos peritos contadores, o laudo de avaliação apresentado por estes e, finalmente, aprovou o evento de incorporação. Esta AGE da TIVIT está reunida no arquivo 001L DOC9 (fls. 946/953).

Desta forma, cumpridos todos os requisitos legais previstos na Lei das S/A, entendo que o evento da incorporação está regularmente documentado e, portanto, apto a gerar os efeitos societários e contábeis dele decorrentes, e no particular aspecto do cálculo do JCP, não poderia ser contestado pela autoridade fiscal.

Há um outro ajuste realizado pela fiscalização no patrimônio líquido contábil que também considero indevido. Trata-se da sua redução em função do valor do IRPJ/CSLL lançados nos dois AI lavrados, sendo R\$ 128.545.970,28 referente ao primeiro AI (processo nº 16561.720034/2016-74), e R\$ 50.162.004,66 atinente a este processo. A razão para esta ponderação é a mesma já alinhavada acima, qual seja, a de que o cálculo do JCP se baseia nos elementos contábeis do patrimônio líquido, e se o contribuinte decidiu não registrar passivo relativo a estas demandas, quer por razões de ordem contábil, gerencial, ou de outra natureza, não cabe ao Fisco exigir que o tivesse feito, até porque os créditos tributários lançados ainda não estão exigíveis por força dos recursos administrativos interpostos, estando os créditos tributários correlatos suspensos conforme previsão do inciso III do art. 151 do CTN.

No que respeita ao patrimônio líquido contábil a ser usado no cálculo do JCP acertou a autoridade fiscal quando buscou o seu valor na ECF/ECD com a mensuração dos elementos do PL de acordo com as regras vigentes em 31/12/2007, conforme previsto no RTT instituído pela Lei nº 11.941/2009. Inclusive a IN RFB nº 1.397/2013, transcrita em parte acima, no seu parágrafo 2º do art. 2º, é expressa no sentido de afirmar que, para fins da legislação do IRPJ e da CSLL, qualquer referência nela feita aos elementos do ativo, passivo e patrimônio líquido, além de receitas, custos e despesas, deve ser considerada como materialmente mensuradas pelos métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007.

Nestes termos e para este voto, será considerado o valor do patrimônio líquido utilizado pela fiscalização e constante na ECF, no valor de R\$ 1.405.353.120,94. É de se salientar que a autoridade fiscal deixou bem claro no TVF que adotaria os critérios vigentes em 31/12/2007 para fins de mensuração do patrimônio líquido contábil, e o impugnante não contestou expressamente este ponto específico, pautando sua defesa apenas na contestação dos ajustes feitos pela fiscalização e já debatidos acima. Logo deve ser considerada não impugnada esta matéria do valor do patrimônio líquido contábil, devendo prevalecer o valor do patrimônio líquido contábil apurado pelo autuante, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/1972.

Assim, mantida a TJLP utilizada nos cálculos do auditor fiscal e do impugnante, e excluídos os ajustes ao PL feitos extra contabilmente pela fiscalização correspondentes

ao aumento de capital na TIVIT e aos tributos lançados de ofício, tem-se a seguinte apuração do limite de JCP: (...)

Desta forma não há excesso de JCP a ser adicionado de ofício, motivo pelo qual voto por cancelar o lançamento em relação a esta matéria”.

Os JCP, cuja dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL ora se discute, são calculados sobre determinadas contas do patrimônio líquido, como estabelece o art. 9º da Lei nº 9.249/1995. O “patrimônio líquido” a que se refere tal dispositivo é aquele da lei societária, tratado nos artigos 178, §2º, III e 182 da Lei nº 6.404/1976, que, por sua vez, remetem ao conceito contábil de “patrimônio líquido”, evidenciado no balanço patrimonial das companhias. Trata-se, como explica Ricardo Mariz de Oliveira, de um caso de remissão indireta, no qual a lei tributária se refere a conceito vinculado por outra norma, sem mencionar, expressamente, os artigos e leis em que estão tais conceitos¹¹.

Diante disso, deve a Autoridade Fiscal respeitar os lançamentos efetuados pelo contribuinte em seu patrimônio líquido, que são refletidos na apuração do JCP, exceto se os lançamentos estiverem eivados de fraude ou simulação – o que não é o caso.

Especificamente no que se refere ao ajuste efetuado pelo Fisco para refletir, no patrimônio líquido da Recorrente – e, portanto, no cálculo dos JCP correspondentes – os valores autuados no presente processo e nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720034/2016-74, cumpre ressaltar que nem toda contingência tributária deve ser registrada no passivo da companhia, mas apenas aquelas que se caracterizem como provisão.

Nos termos do “CPC 25 - Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes”, registra-se como provisão a obrigação presente, isto é, aquela cuja saída de recursos é provável. Do contrário, nos casos em que a saída de recursos é possível, está-se diante de um passivo contingente, que não deve ser reconhecido no balanço patrimonial, mas apenas informado pela companhia em notas explicativas. A classificação de uma obrigação entre passivo contingente ou provisão é algo que incumbe apenas à companhia, não cabendo, mais uma vez, a ingerência da Autoridade Fiscal nesse ponto.

Diante do exposto, mantenho a decisão da DRJ também no que se refere à dedução das despesas com JCP.

2.3 Responsabilidade tributária de CITI DTVM

A responsabilidade tributária de CITI DTVM foi afastada pela DRJ, com base nos seguintes fundamentos:

“Iniciando pela análise da responsabilização pelo inciso I do artigo 124 do CTN, não deve prosperar o argumento do impugnante de que o interesse comum a que alude a norma esteja vinculado somente a um interesse jurídico de sujeito passivo original, e a duas porque a redação do inciso não autoriza tal interpretação restritiva, e a duas porque o órgão central da RFB editou o Parecer Normativo (PN) COSIT/RFB nº 04, de 10/12/2018, no qual não estabelece esta regra interpretativa do inciso I, do artigo 124 do

¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda (2020). v. 1. São Paulo: IBDT, 2020, p. 915.

CTN de que o interesse comum decorra apenas do interesse jurídico comum dos sujeitos.

Todavia, entendo que não restou configurado o seu interesse comum, ainda que econômico, exigido para a aplicação desta norma, pois o impugnante não participou do benefício tributário decorrente da economia proporcionada pelo planejamento. Como alegado, a remuneração a que fazia jus como administrador do FIP independia do resultado fiscal desta reorganização. As taxas devidas a ele guardavam relação com as chamadas de capital dos cotistas do fundo (taxa de administração) e com o valor do patrimônio líquido do fundo (taxa de custódia), como previsto no artigo 14 do Regulamento do Fundo abaixo reproduzido: (...)

Para que a responsabilidade deste inciso pudesse ser invocada no caso concreto, penso que a fiscalização deveria ter comprovado, por qualquer meio (contrato ou acordo), que o CITI DTVM participaria financeiramente da economia tributária, o que de fato não aconteceu.

Desta forma, sem outras considerações, voto por afastar a responsabilidade tributária do impugnante em relação ao inciso I do artigo 124 do CTN.

Já a responsabilidade tanto do inciso I do artigo 135, combinado com o inciso III do artigo 134, e a do inciso III do artigo 135 do CTN, dependem de uma conduta praticada com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos pelo agente responsabilizado.

O artigo 7º do Regulamento do fundo invocado pela fiscalização como caracterizador dos altos poderes de influência conferidos ao administrador, na sua parte final, expressa que o exercício desses poderes e funções por parte do administrador está limitado ao que prescreve o próprio Regulamento. (...)

Complementando, podem ser citadas passagens do Regulamento do APX BRAZIL que apontam para a ausência de poder de deliberação por parte do impugnante na qualidade de administrador do fundo, pelo menos em relação às decisões mais estratégicas e cruciais. Estas funções eram exercidas pelo Comitê de Investimentos, cujos membros eram escolhidos pelos cotistas do fundo, bem como pela Assembléia Geral dos Cotistas. (...)

Entendo portanto que na estrutura decisória do APX BRAZIL o CITI DTVM não tinha autonomia e nem influência suficientes na gestão do Fundo, como de resto aconteceria com qualquer outro administrador, para caracterizar os tipos legais de conduta estabelecidos nas normas invocadas (excesso de poderes, infração à lei ou contrato social) e assim atrair a responsabilidade tributária. As principais e mais importantes decisões tomadas pelo FIP se davam pelos cotistas do fundo, através do Comitê de Investimentos ou da Assembléia Geral dos Cotistas.

Outrossim, a defesa citou passagens, do próprio TVF, em que a autoridade fiscal admite o papel secundário e meramente executor exercido pelo CITI DTVM na gestão dos negócios do APX BRAZIL e das suas investidas, fato que contribui para a tese da defesa neste ponto. (...)

Por todo o exposto, voto por excluir a responsabilidade tributária do impugnante também nos termos do inciso I do artigo 135, combinado com o inciso III do artigo 134, e a do inciso III do artigo 135 do CTN”.

Assim, de acordo com a DRJ, a CITI DTVM não teve participação no benefício decorrente da economia proporcionada pelo suposto planejamento tributário, bem como não tinha autonomia e nem influência suficientes na gestão do APX BRAZIL, de forma a caracterizar a responsabilidade com base nos artigos 124, I; 135, I; e 134, III do CTN.

Cumprе ressaltar que, quando dos debates ocorridos durante o julgamento do presente processo, os Conselheiros que acompanharam a Relatora pelas conclusões concordaram apenas com as razões adotadas pela DRJ para excluir a responsabilidade da Recorrente. Embora eu acolha os fundamentos da DRJ – exceto no que se refere à interpretação do art. 124 do CTN -, entendo que há motivos adicionais para afastar a aplicação dos artigos 124, 135, I e 134, III do CTN ao presente caso.

Como tratado quando da análise do recurso voluntário de Luiz Roberto Novaes Mattar, o art. 124 do CTN contempla hipóteses de solidariedade entre pessoas que já figuram no polo passivo da relação jurídico-tributária, seja na condição de contribuinte, seja de responsável, não autorizando, por si só, a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

Os artigos 135, I e 134, III, do CTN, por sua vez, atribuem aos administradores de bens de terceiros a responsabilidade pessoal pelos tributos devidos pelos terceiros, na hipótese de prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, do qual resulte a obrigação tributária. Da simples análise de tais dispositivos é possível concluir que o CITI DTVM, administrador do Fundo APX Brazil, não pode ser responsabilizado por tributos devidos pela TIVIT. Isso porque, frise-se, o CITI DTVM não é ou foi administrador da TIVIT, mas sim do Fundo APX Brasil, ao qual não foi imputada nenhuma obrigação tributária.

Ademais, como bem reconheceu a decisão recorrida, o CITI DTVM não tinha autonomia e nem influência suficientes na gestão do Fundo, para atrair sua responsabilidade solidária. Isso porque, nos termos do Regulamento do APX Brazil, em suma, cabia à administradora comprimir as deliberações da Assembleia Geral (art. 12) e, com relação à DETHALAS, agir de acordo com as instruções do Comitê de Investimentos (art. 14), eleito pela Assembleia Geral (art. 15), que era o órgão responsável por deliberar sobre os investimentos e desinvestimentos do fundo (artigos 23 e 25). Tanto é assim que, nos termos das atas de assembleias colacionadas pela decisão recorrida (fl. 6195), foi o comitê de investimentos que deliberou sobre a captação dos recursos para aquisição da TIVIT.

Por fim, no que se refere à responsabilização com base no art. 135, I e III, do CTN, como tratado quando da análise da responsabilidade tributária de LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, entendo que a Autoridade Fiscal deve indicar, de forma objetiva, as irregularidades supostamente praticadas, comprovar os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto e demonstrar o nexo causal entre as irregularidades e a obrigação tributária delas decorrente.

No presente caso, foram imputados ao CITI DTVM os seguintes atos: colaboração intensa na operação que culminou com a lavratura dos presentes autos de infração, ne medida em que (i) presidiu e firmou todas as assembleias do APX Brazil; (ii) assinou todos os boletins de subscrição emitidos pelo APX Brazil; (iii) foi participativo a ponto de se antecipar aos cotistas e à formalização do negócio, quando definiu a DETHALAS como portfólio alvo do fundo; (iv) tomou empréstimo na forma de emissão de debênture pela DETHALAS; (v) celebrou o Instrumento Particular de Constituição de Penhor de Ações de Emissão da TIVIT; e (vi) recebeu de Administração e Taxa de Custódia em troca da sua colaboração e conivência com os atos ilícitos praticados (fls. 4914-4915).

De tais atos, entretanto, não surgiu qualquer obrigação tributária, como tratado nos itens precedentes. A utilização da DETHALAS para aquisição do controle da TIVIT foi

essencial à operação, tendo em vista a vedação à contratação de empréstimos por fundo de investimento em participações, contida na Instrução CVM n.º 391/2003, donde se extrai que, das condutas imputadas à CITI DTVM não decorreram qualquer obrigação tributária.

Por tais razões, mantenho a decisão da DRJ também no que se refere à responsabilidade tributária de CITI DTVM.

2.4 Responsabilidade tributária de BMA Advogados

A responsabilidade tributária de BMA Advogados foi afastada pela DRJ, com base nos seguintes argumentos:

“Iniciando pela análise da responsabilização pelo inciso I do artigo 124 do CTN, não deve prosperar o argumento do impugnante de que o interesse comum a que alude a norma esteja vinculado somente a um interesse jurídico de sujeito passivo original, a uma porque a redação do inciso não autoriza tal interpretação restritiva, e a duas porque o órgão central da RFB editou o Parecer Normativo (PN) COSIT/RFB n.º 04, de 10/12/2018, no qual não estabelece esta regra interpretativa do inciso I, do artigo 124 do CTN de que o interesse comum decorra apenas do interesse jurídico comum dos sujeitos.

Todavia, entendo que não restou configurado o seu interesse comum, ainda que econômico, exigido para a aplicação desta norma, pois o impugnante não participou do benefício tributário decorrente da economia proporcionada pelo planejamento. Como alegado, os honorários advocatícios a que fazia jus aparentemente independiam do resultado fiscal desta reorganização. Analisando o DOC025C (fls. 3.233/3.247), temos correspondências de cobrança de honorários por serviços profissionais de advocacia entre o BMA ADV e a DETHALAS, e em todos eles não há sequer uma menção a percentuais de economia tributária que estivessem sendo cobrados.

Para que a responsabilidade deste inciso pudesse ser invocada no caso concreto, penso que a fiscalização deveria ter comprovado, por qualquer meio (contrato ou acordo), que o BMA ADV participaria financeiramente da economia tributária, o que de fato não aconteceu.

Desta forma, sem outras considerações, voto por afastar a responsabilidade tributária do impugnante em relação ao inciso I do artigo 124 do CTN.

Já a responsabilidade do inciso III do artigo 135 do CTN, como alegou a defesa, pressupõe atos e condutas de pessoas físicas que ostentem a função de diretor, gerente ou representante do sujeito passivo, tal como está explícito na redação do inciso, de forma que o BMA ADV, não atendendo estes requisitos, não poderia ser responsabilizado por esta norma.

Além disso, entendo que o impugnante, na qualidade de advogado, não tem o poder decisório na pessoa jurídica para definir seus atos, prestando as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, como definido no Estatuto da Advocacia pela Lei n.º 8.906/1994, cujo artigo 1º, em parte, reproduzo abaixo: (...)

Outro argumento utilizado pelo impugnante que considero verossímil, e que não foi desmentido pelo trabalho fiscal, foi o de que seus serviços advocatícios legalmente previstos, e portanto sem o atributo de excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto, foram prestados antes das decisões contábeis e fiscais da TIVIT (amortização do ágio, dedução das despesas financeiras e pagamento do JCP) que

redundaram na ocorrência dos fatos geradores a partir de dezembro de 2014 autuados pelo Fisco nestes AI.

Desta forma, voto por excluir a responsabilidade tributária do impugnante também nos termos do inciso III do artigo 135 do CTN.

Assim, de acordo com a DRJ, BMA Advogados não teve participação no benefício decorrente da economia proporcionada pelo suposto planejamento tributário, bem como não ostentou função de diretor, gerente ou representante do sujeito passivo, mas, sim, de advogado, de forma que não detinha o poder decisório na pessoa jurídica para definir seus atos, de forma a caracterizar a responsabilidade com base nos artigos 124, I; e 135, III do CTN.

Cumprе ressaltar que, quando dos debates ocorridos durante o julgamento do presente processo, os Conselheiros que acompanharam a Relatora pelas conclusões concordaram apenas com as razões adotadas pela DRJ para excluir a responsabilidade do Recorrente. Embora eu acolha os fundamentos da DRJ – exceto no que se refere à interpretação do art. 124 do CTN -, entendo que há motivos adicionais para afastar a aplicação dos artigos 124, I e 135, III do CTN ao presente caso.

Como tratado acima, o art. 124 do CTN contempla hipóteses de solidariedade entre pessoas que já figuram no polo passivo da relação jurídico-tributária, seja na condição de contribuinte, seja de responsável, não autorizando, por si só, a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

No que se refere à responsabilização com base no art. 135, III, do CTN, da mesma forma como abordado acima, entendo que a Autoridade Fiscal deve indicar, de forma objetiva, as irregularidades supostamente praticadas, comprovar os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto e demonstrar o nexo causal entre as irregularidades e a obrigação tributária delas decorrente. No presente caso, foram imputados ao BMA Advogados, em suma, os seguintes atos: (i) representação da DETHALAS em diversos atos que culminaram com o ilícito praticado, tais como assinatura do contrato de compra das ações pertencentes aos controladores da TIVIT (“CCVA-Controle”), da ata da Assembleia Geral Extraordinária da TIVIT que elegeu membros do Grupo APAX, representação da DETHALAS e dos conselheiros da TIVIT em diversas AGEs, contratação do Banco Bradesco para a prestação dos serviços relacionados à OPA; (ii) prestação de serviços contínuos e intensivos em todas as etapas envolvidas na operação em análise, desde a constituição da DETHALAS e a preparação da sua incorporação pela TIVIT, pelos quais foi remunerada por empresas do Grupo APAX no exterior; e (iii) responsabilidade pela aparente vida autônoma do “boneco de vento” em que constituiu a DETHALAS (fls. 4915 e 4916).

Como corretamente decidido pela DRJ, tais atos não se subsomem à hipótese do art. 135, III, do CTN, do contrário, foram praticados na qualidade de advogados do Grupo APAX e nos limites dos poderes que lhes foram outorgados. E, ainda que assim não fosse, de tais atos não surgiu qualquer obrigação tributária, como tratado nos itens precedentes.

Por tais razões, mantenho a decisão da DRJ também no que se refere à responsabilidade tributária de BMA Advogados.

V – CONCLUSÕES

Diante do exposto, CONHEÇO dos RECURSOS VOLUNTÁRIO de TIVIT e LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR, rejeito as preliminares e, no mérito, DOU-LHES PROVIMENTO. E, ainda, CONHEÇO o RECURSO DE OFÍCIO e, no mérito, NEGOLHES PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic