



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720034/2019-17
ACÓRDÃO	9101-007.389 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	12 de agosto de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	TIVIT TERCEIRIZACAO DE PROCESSOS, SERVICOS E TECNOLOGIA S/A.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

RECURSO ESPECIAL. ÁGIO ORIUNDO DE COMPRA ALAVANCADA COM UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. DISTINÇÃO FÁTICA RELEVANTE ENTRE OS CASOS. NÃO CONHECIMENTO.

Não resta configurada a divergência jurisprudencial quando há, entre o caso recorrido e os casos paradigmáticos, distinções fáticas que foram determinantes para o alcance das conclusões diversas. Daí concluir que a ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões cotejadas prejudica o conhecimento recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semíramis de Oliveira Duro, Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 7.088/7.148) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do Acórdão nº **1301-006.709** (fls. 7.042/7.086), assim ementado:

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 nº 169 o entendimento de que “[o] art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal”.

NULIDADE. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 59 DO DECRETO Nº 70.235/1972. NÃO CONFIGURAÇÃO.

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). 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 nº 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 nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

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 nº 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. 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. 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).

Em resumo, o presente processo cuida de autos de infração para exigência de IRPJ e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2014, 2015 e 2016, acrescidos de juros e multas (qualificada e isolada sobre as estimativas apuradas), em razão da caracterização 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”); e **(iii)** aproveitamento fiscal indevido de despesas financeiras.

Também foi imputada responsabilidade tributária a terceiros pelas exigências formalizadas.

A cronologia dos fatos foi assim resumida pelo TVF:

- i) 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”;

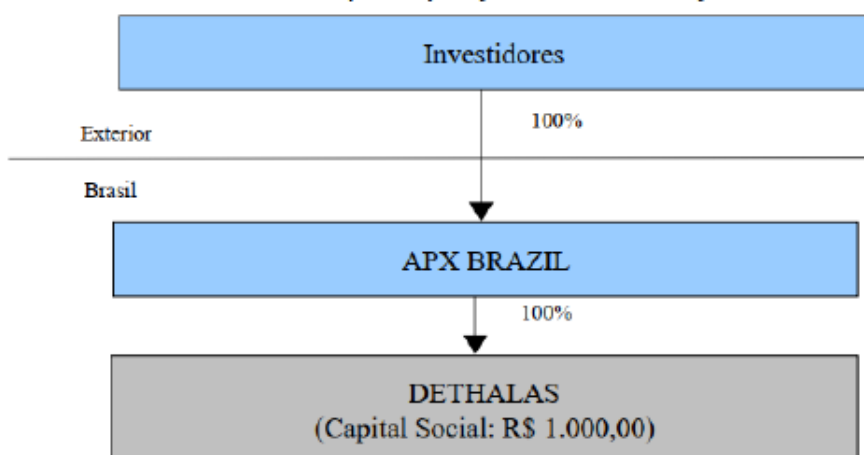
iii) no período compreendido entre os dias 5 e 11 de fevereiro de 2010 “*foram formalizados os Termos de Confidencialidade, abrindo-se um “período de exclusividade para a realização de due diligence”*”;

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, a Apx Brazil Fundo de Investimento em Participações, CNPJ nº 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



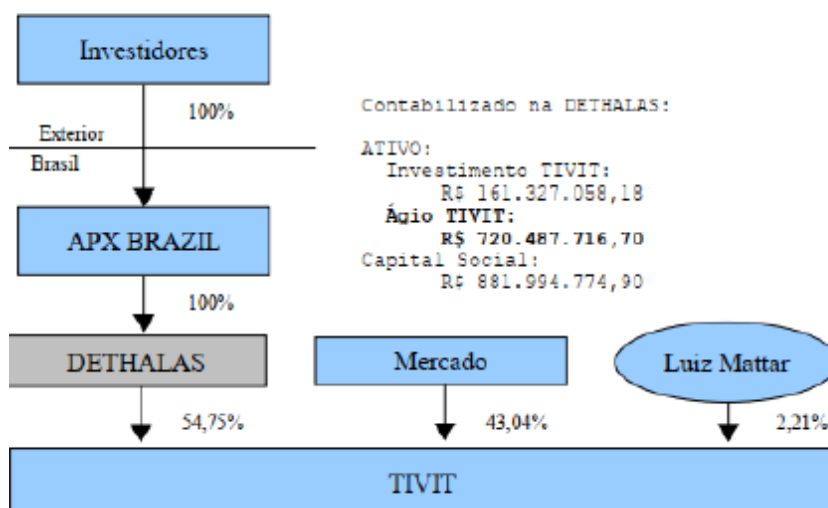
vii) em 07/05/2010 é celebrado o Contrato de Compra e Venda de Ações da fiscalizada TIVIT (**doravante denominado CCVA**), anexado às fls. 767/824 (DOC 001C), representando 54,25% do seu capital total em circulação, entre TIVIT TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A, LIT TELE LLC, FUNDO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS 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

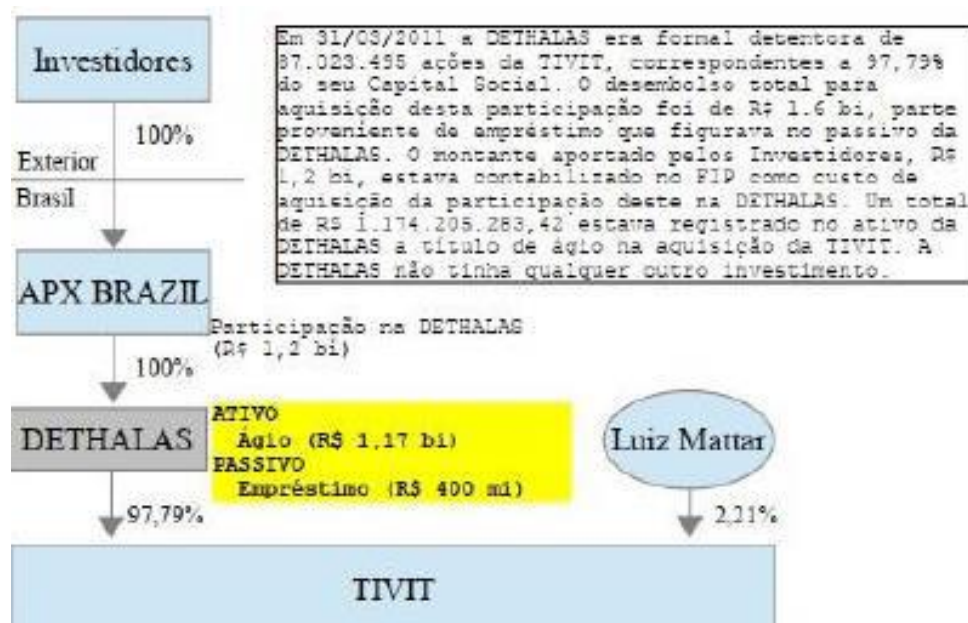
Quadro 5: Origem dos recursos para liquidação da OPA em 23/12/2010

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

[...]

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 prevêem 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;

[...]

iii) apesar da identificação de pagamento pela DETHALAS de algum serviço importante no processo de aquisição, o autuante 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 Apax 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;

[...]

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.

Contra tal decisão, foi interposto recurso de ofício, em razão do valor do crédito tributário exonerado.

Além disso, TIVIT e LUIZ ROBERTO NOVAES MATTAR interpuseram recursos voluntários.

Tramitado o feito, sobreveio a decisão ora recorrida, por meio da qual acordaram 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.

Intimada dessa decisão, a PGFN interpôs o recurso especial, o qual foi admitido nos seguintes termos (fls. 7.152/7.196):

[...]

O recurso especial questiona o entendimento adotado pelo Acórdão nº 1301-006.709 e defende a existência de divergência jurisprudencial, no âmbito do CARF, a respeito das seguintes matérias:

a) Possibilidade de amortização do ágio;

b) Dedutibilidade das despesas financeiras.

No que interessa à primeira matéria recorrida, o recurso especial da Fazenda Nacional aduz o seguinte (todos os destaques constam do original):

[...]

O Acórdão nº 1302-003.474, primeiro paradigma indicado pela recorrente, de fato analisa contexto fático bastante semelhante ao examinado no presente contencioso.

Naquele caso, o BHCS Fundo de Investimento em Participações (FIP) adquiriu, por meio das empresas QC HOLDING I e QC HOLDING II (apontadas pela Fiscalização como empresas veículos), participação na empresa QUALIPAR, com ágio. Também houve, a exemplo do ocorrido no caso dos presentes autos, emissão de debêntures pela empresa QC HOLDING II, para fins de obtenção de recursos (R\$ 308 milhões) que foram utilizados na aquisição da QUALIPAR. O restante do valor pago aos então controladores da QUALIPAR, no montante de R\$ 1.100 milhões, foi obtido pela QC HOLDING II por meio de integralização de capital social pelo BHCS FIP.

[...]

Pois bem. Analisando as operações societárias descritas (aqui detalhadas somente no que interessa à divergência jurisprudencial arguida), conclui-se que o acórdão paradigma de fato decidiu de forma divergente do acórdão recorrido.

Entendeu a decisão paradigma que a utilização de empresas veículos (naquele caso, a QC HOLDING II e sua controladora integral QC HOLDING I) para internalizar recursos utilizados na aquisição de participação societária faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas.

Dessa forma, a decisão considerou que a confusão patrimonial alegada pela contribuinte não se deu entre o real adquirente e o objeto de aquisição, conforme exigem expressamente as normas contidas no art. 7º, *caput*, e art. 8º, “b”, da Lei nº 9.532/1997. Ponderou na sequência que a regra atinente à amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva, sem espaço para alargamento das situações previstas na lei.

Apontou ainda o acórdão paradigma que o entendimento exposto não se altera em razão de a operação ter sido efetuada entre partes independentes ou do fato de a QC HOLDING II alegadamente ter o propósito comercial de permitir a emissão de debêntures para alavancar financeiramente a operação de aquisição, uma vez que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo (a emissão daquelas debêntures se deu, a exemplo do que ocorreu no caso do presente processo, no ano de 2010, quando a IN CVM nº 391/2003 vedava, em seu art. 35, III, que os FIPs contraíssem empréstimos).

Assim, tendo a decisão recorrida e o Acórdão paradigma nº 1302-003.474 chegado a conclusões dissonantes a respeito da possibilidade de aproveitamento tributário de ágios surgidos em operações societárias bastante similares, inclusive em relação à participação de Fundos de Investimento em Participações e à emissão de debêntures pelas empresas “veículos” para fins de alavancagem de

parte da aquisição de participação societária, conclui-se que divergência jurisprudencial arguida pela Fazenda Nacional foi devidamente demonstrada.

O mesmo não se pode dizer em relação ao Acórdão nº 9101-002.962, segundo paradigma arrolado pela recorrente.

[...]

Como não restou caracterizada divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e ao menos um dos paradigmas indicados pela recorrente, a matéria “dedutibilidade das despesas financeiras” não pode ter seguimento.

Diante de todo o exposto, com fundamento no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO PARCIAL** ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a matéria “**possibilidade de amortização do ágio**”.

Contra a matéria não admitida, a PGFN apresentou Agravo (fls. 7.198/7.211), tendo sido este rejeitado (fls. 7.215/7.218).

Chamada a se manifestar, a contribuinte ofereceu contrarrazões (fls. 7.247/7.276). atacando primeiramente o conhecimento recursal. Em suas palavras:

[...] verifica-se uma clara disparidade entre os contextos fáticos analisados no presente caso e no acórdão paradigma nº 1302-003.474, destacando-se duas principais diferenças:

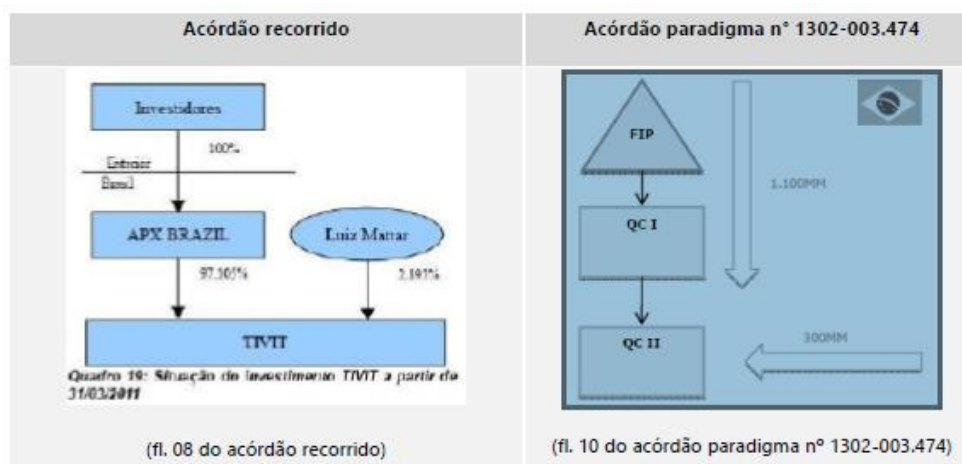
(i) Estrutura de investimento:

- a. Presente caso: estrutura societária envolvendo **uma** sociedade *holding* brasileira controlada diretamente por um FIP brasileiro – sendo que a primeira foi caracterizada pela Autoridade Fiscal como empresa veículo e a segunda como “real adquirente”;
- b. Acórdão paradigma nº 1302-003.474: estrutura societária envolvendo **duas** sociedades *holding* brasileiras, sendo uma (QC HOLDING I) controlada pela outra (QC HOLDING II), por sua vez, controlada por um FIP brasileiro – sendo a acusação fiscal de que as **duas holdings seriam empresas veículo** e o FIP o “real adquirente”; e

(ii) Grau de alavancagem:

- a. Presente caso: quase metade (43,04%) do preço de aquisição foi financiado com recursos captados no mercado financeiro nacional pela sociedade holding brasileira;
- b. Acórdão paradigma nº 1302-003.474: apenas uma **parcela de 20%** teve essa origem de captação com terceiros, sendo o restante (80%) aportado pelo FIP.

26. Essas divergências fáticas ficam evidentes ao se comparar as representações gráficas que ilustraram o início das operações analisadas no acórdão recorrido e no acórdão paradigma nº 1302-003.474. Veja-se:



27. Ora, foi exatamente em razão dessas divergências fáticas que o acórdão recorrido e o acórdão paradigma nº 1302-003.474 chegaram a conclusões distintas a respeito da legitimidade da amortização do ágio em cada caso.

28. De fato, para reconhecer a legitimidade da amortização do ágio no presente caso, o acórdão recorrido destacou, em primeiro lugar, que a sociedade *holding* brasileira caracterizada pela Autoridade Fiscal como empresa veículo (Dethalas) cumpriu o propósito negocial “*indispensável para a realização da operação de compra alavancada*” (fls. 27 do acórdão recorrido), tendo em vista a impossibilidade de o APX Brasil contrair dívidas para aquisição da Recorrida.

29. O acórdão paradigma nº 1302-003.474, por outro lado, ao analisar a estrutura de investimento daquele caso, na qual havia não uma (como no presente caso) mas duas sociedades *holdings* brasileiras caracterizadas como empresas veículo (QC Holding II e QC Holding I), afirmou que a QC Holding II não teria cumprido o propósito negocial de “*emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação*”, uma vez que isso poderia ter sido igualmente realizado pela QC Holding I, que inclusive “*estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding*”.

30. É evidente que esse racional não se aplica ao presente caso, em que a sociedade *holding* brasileira que realizou a captação de recursos com terceiros era diretamente detida pelo FIP brasileiro caracterizada como “*real adquirente*” (portanto, já numa “*relação (...) direta com os investidores*”).

31. Assim, fica claro que as diferentes conclusões adotadas no acórdão recorrido e no acórdão paradigma nº 1302-003.474 se justificam, em primeiro lugar, pelas diferentes estruturas de investimento analisadas, tendo sido determinante no acórdão paradigma nº 1302-003.474 o fato de a acusação fiscal envolver duas empresas veículo, e não uma (como no presente caso).

[...]

No mérito, pugna pela manutenção da decisão ora recorrida.
É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, Relator

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do “antigo” Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que assim dispõem:

RICARF/2015:

Art. 67 - Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º - Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º - A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

RICARF/2023:

Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara,

Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º - A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada “segurança jurídica” na aplicação da lei tributária.

O termo “especial” no recurso submetido à CSRF não foi colocado “à toa”, afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma “terceira instância” justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdãos enfrentados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, por exemplo, na hipótese das decisões sinalizarem que as conclusões jurídicas são diversas em função de circunstâncias ou premissas fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Pois bem.

O voto condutor do acórdão recorrido assim fundamenta o afastamento da glosa das despesas com o ágio:

[...]

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

[...]

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, utilizando, parcial ou totalmente, capital de terceiros. [...]

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.

[...]

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 nº 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,

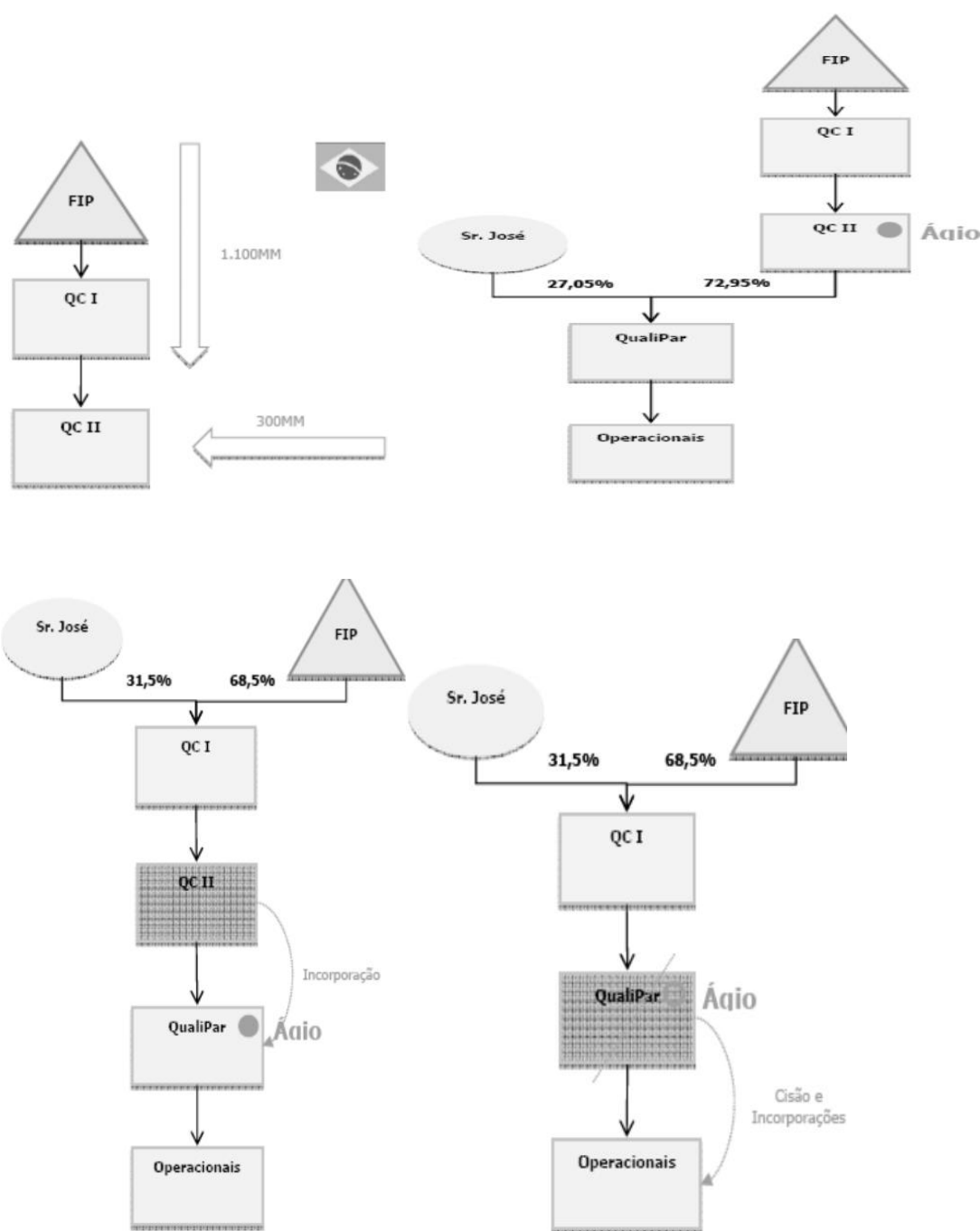
abril de 2010, o fundo adquiriu a DETHALAS. Da cronologia dos fatos se extrai que atos preparatórios à aquisição da TIVIT foram realizados antes da DETHALAS ser adquirida pelo fundo.

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.

Como se percebe, o acórdão recorrido afastou a glosa das despesas com o ágio sob a premissa de que a constituição da DETHALAS, que foi a única *holding* interposta na estrutura societária para fazer a aquisição (*primeiro e único nível*), teria sido *indispensável para a aquisição do investimento por meio de operação de compra alavancada*, afinal o FIP APX Brasil não poderia contrair a dívida que gerou cerca de 40% dos recursos utilizados para pagamento do respectivo preço.

O *paradigma* (Acórdão nº **1302-003.474**), é certo, também apreciou uma operação de “compra alavancada”, mas em situação na qual foram *interpostas* duas *empresas-veículo* (QCI e QCII), podendo ser assim resumida:



Foi nesse contexto específico que prevaleceu o entendimento desfavorável à glosa da dedução do ágio, conforme atestam as seguintes passagens do voto vencedor do *paradigma*:

O relator entendeu que o fato de os recursos advirem do exterior não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio e que não desnatura a ocorrência da confusão patrimonial. Nada obstante, a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações

societárias alienadas. Daí que não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição.

[...]

A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

De qualquer maneira, mesmo que não houvesse essa outra empresa (a QC I) intermediando o investimento do Grupo Carlyle, é certo que a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R\$ 300 milhões / R\$ 1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação. Afinal, qual o montante relativo do empréstimo que seria suficiente para caracterizar essa "relevância". A se admitir qualquer quantia como "relevante", poder-se-á estar criando uma jurisprudência perigosa, onde qualquer grau de alavancagem seria suficiente para caracterizar o propósito negocial. A meu ver, para contornar esse problema, seria até possível permitir a dedução do ágio na medida da relação do empréstimo sobre o total do investimento (no caso 300/1400). Ou seja, o propósito da empresa veículo seria atestado na medida da necessidade do empréstimo. No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade.

Como se vê, foi a interposição de uma **segunda holding** na estrutura societária a razão determinante para aquele Colegiado ter afastado o direito de dedução de ágio, o que não ocorre, conforme visto, no presente caso.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o presente Julgador, quando da relatoria do **Acórdão nº 9101-006.828** - que analisou justamente esse julgado como *paradigma* – não havia considerado esta *segunda interposição de holding* como elemento fático determinante para o desfecho do julgado ora comparado, mas a maioria qualificada deste Colegiado se manifestou em sentido contrário.

Revedo, agora, meu posicionamento, acato essa significativa distinção fática, na linha da ementa que prevaleceu naquela ocasião em que fui vencido: *não se conhece de recurso especial quando não resta demonstrada divergência acerca dos demais fundamentos do acórdão recorrido, confrontados nas matérias que também não foram conhecidas, mormente se a*

existência de outra holding na cadeia de adquirentes do investimento é circunstância fática ausente no paradigma.

Posto isso, o recurso especial não deve ser conhecido.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**

A Contribuinte questiona a admissibilidade do recurso especial apontando que o paradigma nº 1302-003.474 *apesar de tratar de uma aquisição alavancada, examinou (i) uma estrutura de investimento em que duas empresas foram entendidas como “sociedades veículos” e (ii) um grau de alavancagem bastante distinto do presente caso, os quais foram determinantes para a conclusão diversa adotada pela turma julgadora naquela oportunidade.*

Esta Conselheira votou por admitir este paradigma em duas discussões recentes instauradas neste Colegiado, em face de lançamentos formalizados contra Notre Dame Intermedica Saúde S/A³ e Brinox Metalurgica S/A. No primeiro caso foi refutada a alegação de que o “propósito comercial” da dita “empresa-veículo” em razão de exigências do órgão regulador constituíam fundamento do acórdão lá recorrido, e no segundo caso, esta Conselheira compreendeu que o fato de a dita adquirente estrangeira ser um Fundo de Investimento em Participações - FIP e haver mais de uma pessoa jurídica interposta entre o FIP e a adquirida, com funções alegadamente distintas das duas pessoas jurídicas interpostas no paradigma, não foram relevantes para a decisão do Colegiado lá recorrido.

No presente caso, com respeito à glosa das amortizações do ágio gerado na aquisição de ações da Contribuinte, a decisão do Colegiado *a quo* foi unânime pelo provimento do recurso voluntário da Contribuinte. Os votos divergentes e pelas conclusões manifestados se referem à glosa das despesas financeiras e dos juros sobre capital próprio, bem como aos recursos voluntários e de ofício acerca da imputação de responsabilidade tributária. Veja-se:

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 Titulos e Valores Mob S/A” e “Barbosa, Mussnich e Aragão Advogados”, tendo acompanhado pelas conclusões os conselheiros Iágaro Jung

³ Os julgamentos foram concluídos nos Acórdãos nº 9101-007.334 a 9101-007.336.

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.

Por sua vez, o voto condutor da Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic enuncia os seguintes fundamentos para validar a amortização fiscal do ágio pago:

- A operação 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 agio, a TIVIT, uma empresa brasileira de capital aberto;*
- *A aquisição da TIVIT pela DETHALAS consistiu em uma compra alavancada, operação afirmada como muito utilizada no mercado de private equity para aquisição de controle societário e que pode gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais;*
- *... 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;*
- *... 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. O contribuinte, munido de duas opções igualmente válidas, pode optar por aquela que implica em maior economia tributária, e os administradores de qualquer empreendimento com fins lucrativos têm por objetivo maximizar o resultado empresarial;*
- *...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 debêntures 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”, inclusive porque 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;*
- *Todas as despesas registradas pela DETHALAS tinham relação direta com a aquisição da TIVIT, o que reforça a necessidade de sua constituição, mas há serviços custeados por um cotista do APX Brasil e por outra empresa do grupo dos fundos APX, porque o interesse do Grupo APAX na Contribuinte teve início em janeiro/2010, antes da constituição do APX Brasil em março/2010 e da DETHALAS em abril/2010. Contudo, 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;*
- *...o, 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).*

Assim, o caso presente tem em conta um FIP constituído no Brasil, por investidores estrangeiros, e há apenas uma pessoa jurídica interposta na aquisição da Contribuinte. O Colegiado *a quo*, por sua vez, considerou indispensável a interposição de DETHALAS porque o FIP não poderia contrair dívidas, refutou os questionamentos à falta de substância de DETHALAS e concluiu que a escolha desta forma de arrecadação de valores para aquisição não poderia ser questionada pelo Fisco. Ao final, a incorporação de DETHALAS foi considerada mais eficiente, tributariamente, para reunir as despesas com a receita gerada com a aquisição.

A operação analisada no paradigma nº 1302-003.474 se distingue da presente porque: i) os investidores estrangeiros já eram cotistas de um FIP no Brasil, mas constituíram duas *holdings* (“QC I” e “QC II”); ii) “QC II” figurou como adquirente e emitiu debêntures para captação de cerca de 20% dos valores destinados à aquisição; iii) as adquiridas estavam sob controle de uma *holding* (“QualiPar”); iv) houve incorporações de ações entre QualiPar, “QC II” e “QC I” e posterior oferta pública de ações para captação de novos investidores; v) houve a incorporação de “QC II” por “QualiPar”, unificando investimento e ágio, e a posterior cisão total de “QualiPar” com versão do patrimônio às quatro empresas operacionais.

O voto vencedor do paradigma parte da premissa que *a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas, e expõe os seguintes fundamentos:*

- *A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco;*
- *A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. **Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I.** Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011;*
- *... mesmo que não houvesse essa outra empresa (a QC I) intermediando o investimento do Grupo Carlyle, é certo que a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R\$ 300 milhões / R\$ 1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação. Afinal, qual o montante relativo do empréstimo que seria suficiente para caracterizar essa "relevância". A se admitir qualquer quantia como "relevante", poder-se-á estar criando uma jurisprudência perigosa, onde qualquer grau de alavancagem seria suficiente para caracterizar o propósito negocial. A meu ver, para contornar esse problema, seria até possível permitir a dedução do ágio na medida da relação do empréstimo sobre o total do investimento (no caso 300/1400). Ou seja, o propósito da empresa veículo seria atestado na medida da necessidade do empréstimo. **No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade.***

Embora o voto condutor do recorrido não adentre à representatividade do empréstimo contratado em relação ao total do investimento, e não seja possível, assim, distingui-lo do paradigma, resta patente que o voto condutor do paradigma deu relevo ao fato de haver duas *holding* interpostas pelos adquirentes, subsistindo, depois da incorporação de “QC II”, “QC I” como *holding*, inclusive *mais próxima dos investidores*.

Assim, tem razão a Contribuinte quando aponta dessemelhança em razão de o paradigma apresentar *uma estrutura de investimento em que duas empresas foram entendidas como “sociedades veículos”*.

Adicione-se que na apreciação deste paradigma contra as operações realizadas por Notre Dame Intermédica Saúde S/A⁴, também havia alegação de dessemelhança em face da discussão, no paradigma, acerca de laudo extemporâneo, em face do que esta Conselheira recordou que este Colegiado já teve a oportunidade de se debruçar sobre os fundamentos prevalentes em face de julgado editado nos mesmos termos, consignado no Acórdão nº 1302-003.475. Esta Conselheira declarou voto⁵ no Acórdão nº 9101-006.828 para assim registrar os debates havidos com o relator dos recursos especiais interpostos contra aquela decisão, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, acerca deste aspecto:

O I. Relator inicialmente suscitou a existência de fundamento inatacado, com respeito à falta de comprovação do fundamento do ágio em rentabilidade futura, e neste sentido destacou, inicialmente, o que consignado no voto vencido do acórdão recorrido:

A autoridade fiscal concluiu que o referido ágio decorreria de operação desprovida de propósito negocial, com a indevida utilização de empresas veículo, e na qual não teria ocorrido a necessária "confusão patrimonial" entre real adquirente e empresa adquirida, condição ao aproveitamento fiscal do ágio supostamente presente nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/972.

Ainda consignou que **não estaria comprovado, no caso concreto, que o fundamento econômico do ágio pago decorreria da expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, uma vez que o demonstrativo apresentado, i.e., o Relatório Final de Avaliação Econômico-Financeiro, elaborado pela KPMG ("Laudo de Rentabilidade Futura"), datado de 02/03/2011 e com data-base em 31/08/2010, seria posterior à aquisição desta empresa.**

Vejam-se os seguintes trechos do TVF:

(...)

De seu lado, a contribuinte apresenta os seguintes fundamentos, com base nos quais sustenta que as amortizações de ágio em questão preenchem as exigências formais para serem consideradas despesas dedutíveis:

(...)

À vista de tais fatos e fundamentos, entendo que assiste razão à contribuinte. Além do que, o fato de os recursos advirem de empresa no exterior, em si, não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio. Também não desnatura a ocorrência de confusão patrimonial. Não encontro em tal interpretação da fiscalização, mantida pela DRJ, descumprimento às disposições do artigo 386 do RIR/99, vigente à época (atual Lei nº 9.580/2018). Não tentativa ilícita de se internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresa veículo. Não se vê abusividade ou operações desprovidas de motivação.

⁴ Os julgamentos foram concluídos nos Acórdãos nº 9101-007.334 a 9101-007.336.

⁵ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), e a discussão acerca da existência de fundamento inatacado não teve relevância, porque o Colegiado acordou em não conhecer do recurso especial do sujeito passivo por outras dessemelhança entre os acórdãos comparados.

O Laudo de Avaliação, datado de março de 2011, elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, certificou que o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Assim, ainda que datado de 02/03/2011, tinha como data-base 31/08/2010. Ou seja, baseava-se nas informações contemporâneas ao fechamento da operação de aquisição da QualiPar.

Verifica-se, ainda, que a operação se deu entre partes independentes, quais sejam, de um lado o Grupo Carlyle, representado pela QC II, e de outro lado o Grupo Qualicorp, na figura dos vendedores Sr. José e GA Brasil FIP.

O fato de as controladas da QualiPar atuarem como garantidoras das debêntures emitidas pela QC II não "reforça o caráter de empresa veículo da QCI e da QCII" (f. 7 do TVF), como indevidamente entende o Sr. Agente Fiscal, mas diz respeito à própria natureza de que normalmente se reveste a aquisição alavancada, sendo expediente comum a esse tipo operação.

Observa-se que, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Destaca-se, nesse ponto, a ocorrência da unificação patrimonial, autorizadora da dedutibilidade fiscal do ágio. Assim, não subsiste o argumento de que não teria ocorrido a unificação ou confusão patrimonial.

No que diz respeito ao fato de a QualiPar passar a ser detentora do ágio pago na sua própria aquisição, ressalte-se que se trata da mera aplicação do artigo 8º da Lei nº 9.532/97, que expressamente reconhece o aproveitamento do ágio também na hipótese de incorporação da investidora, que pagou o ágio, pela investida a chamada incorporação reversa.

Assim, é possível concluir que as operações societárias realizadas resultaram validamente na possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio pela contribuinte. Pois, desde o início, visou-se a aquisição do controle da QualiPar pelo Grupo Carlyle e, para tanto, (i) houve aquisição, pela contribuinte, de participação societária adquirida com ágio; (ii) houve absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do referido artigo 8º; e **a fundamentação econômica do ágio está lastreada em expectativa de rentabilidade futura.** (destacou-se)

Nestes termos, o relator do acórdão recorrido, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, afastou a objeção fiscal à fundamentação do ágio em rentabilidade futura. Contudo, o Colegiado *a quo*, neste ponto, acordou, *por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL, vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto.*

E no voto vencedor, o Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório consignou que:

Contra esse entendimento, não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.

A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

[...]

Noutro giro, **o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação.** Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento. *(destacou-se)*

A dúvida que se colocou, nestes termos, era se a maioria qualificada que negou provimento ao recurso voluntário adotou como fundamento, também, a imprestabilidade do laudo de avaliação elaborado posteriormente à aquisição para atribuir ao ágio fundamento em rentabilidade futura. Os Conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias concordaram com o relator, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, em afastar este óbice apontado pela autoridade lançadora. Restava saber se os Conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), mantiveram aquele óbice.

A decisão indicava que *o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto* (glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL), mas não foi especificado em que ponto da fundamentação haveria discordância.

De outro lado, o voto vencedor do acórdão recorrido dizia que *o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora*, na sequência descrevendo o entendimento para estes componentes, a indicar que tal não seria o entendimento do redator designado, Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

Ocorre que, se o entendimento contrário à fundamentação do ágio por rentabilidade futura foi adotado por apenas três dos conselheiros que integravam a maioria qualificada – no caso, os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo,

Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente) – não teria sido formada maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto.

Para além disso, a expressão *alguns componentes da maioria vencedora* somente pode ser interpretada no sentido de que ao menos um desses componentes não concordou com esta tese. E a supressão de um destes conselheiros do conjunto da maioria qualificada, formada por 4 (quatro) conselheiros, já evidenciaria, como acima demonstrado, que não houve maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto. Em outras palavras, ao menos um dos Conselheiros da maioria qualificada teria acompanhado os outros 3 (três) Conselheiros que votaram com o relator, somando 5 (cinco) votos em favor da validade da fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

Ainda, como bem relatado, houve oposição de embargos de declaração quanto a este ponto do acórdão recorrido, e assim reputou-se necessária a transcrição integral do exame de admissibilidade de e-fls. 6202/6212:

OBSCURIDADE QUANTO AOS QUESTIONAMENTOS ACERCA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

A embargante aduz:

“Analisando-se o voto vencedor, é possível notar que há nesse um parágrafo em que se afirma que, para alguns julgadores componentes da maioria vencedora, o fato do laudo de avaliação ter sido supostamente elaborado em data posterior à constituição do ágio teria sido um *“reforço argumentativo”* (fl. 56 do acórdão recorrido) para a manutenção da glosa.

Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.**

Por esse motivo, a Embargante requer a essa Turma Julgadora que, com o acolhimento dos presentes Embargos de Declaração, seja determinada a supressão desse parágrafo do voto vencedor, de forma que se reflita no acórdão apenas as razões de decidir do colegiado.”

(destaque original)

Trata-se do seguinte trecho da decisão embargada:

“Noutro giro, o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento.”

A rigor a embargante não suscita obscuridade, na medida em que demonstra claro entendimento do sentido e abrangência da decisão; sustenta que a decisão embargada incorreu em erro, por aludir a argumento que não reflete o entendimento da maioria. A alusão ao fato de que alguns integrantes da maioria vencedora viram, na data do laudo (posterior ao evento), “reforço argumentativo”

para negar o recurso voluntário não prejudica em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão. A expressão “alguns integrantes da maioria” deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros.

Portanto, considero não demonstrada a obscuridade. *(destaques do original)*

O I. Relator havia compreendido que a rejeição dos embargos de declaração para supressão deste ponto do voto vencedor evidenciaria a existência de fundamento inatacado no acórdão recorrido. Contudo, esta Conselheira compreendeu que a rejeição se deu porque **não demonstrada a obscuridade** neste ponto, vez que a expressão “alguns integrantes da maioria” **deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros.**

Havia, ainda, a afirmação de que a alusão a este “reforço argumentativo” não prejudicaria *em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão*, bem como que a embargante demonstrou *claro entendimento do sentido e abrangência da decisão*, sendo que na parte anterior do despacho estava transcrito o entendimento extraído pela Contribuinte da decisão:

Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.** *(destaques do original)*

Nestes termos, se a embargante demonstrou *claro entendimento do sentido e abrangência da decisão*, e a embargante afirmara que a validade do laudo **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal**, esta Conselheira interpretou que a rejeição dos embargos significava a concordância com esta interpretação extraída pela Contribuinte embargante.

Assim, integrando o despacho de rejeição dos embargos ao acórdão recorrido, na forma do art. 1025 do Código de Processo Civil, esta Conselheira vislumbrou a concordância da Presidência do Colegiado *a quo* com a interpretação que a embargante (Contribuinte) extraiu do acórdão embargado, no sentido de que o fundamento em debate não foi um daqueles adotados pelo colegiado para manutenção do lançamento nesta matéria, inexistindo obscuridade porque a expressão “alguns integrantes da maioria” *deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros*. Daí, se o relator foi vencido por voto de qualidade, concluiu-se que somente os fundamentos adotados por todos os membros da maioria qualificada prevaleceram para a negativa de provimento ao recurso voluntário. Ou seja, com respeito à validade do laudo de avaliação posterior à aquisição para fundamentação do ágio em rentabilidade futura, o voto do relator teria sido vencedor.

Observou-se, ainda, que embora a ementa não se preste como expressão autônoma do que decidido pelo Colegiado, neste contexto no qual a rejeição dos embargos é coerente com a interpretação extraída do exposto no voto vencedor,

em confronto com o voto vencido, haveria como reforço a esta constatação o fato de a ementa do acórdão recorrido nada referir acerca daquele fundamento:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

ÁGIO. REGISTRO. DECADÊNCIA

A condição para a constituição do crédito tributário reside no fato gerador e não no registro do ágio. É a influência que esse registro exercerá no lucro real, por ocasião de sua amortização, que marca o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos. Havendo intimação nesse prazo, contado da amortização, não há que se falar em decadência.

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 Decreto-Lei nº 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.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE

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. 398, Dec. 9.580/2018 RIR/18).

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE PENALIS. INAPLICABILIDADE.

Em situações nas quais as partes deixam claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos, é incabível a qualificação da multa aplicada, mesmo que o planejamento tributário seja inoponível ao Fisco, porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

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

Somente se houver comprovado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária haverá se falar em responsabilidade solidária.

A discussão do tema nesta instância especial, portanto, seria dependente de recurso especial adesivo da PGFN quanto a este fundamento subsidiário, caso fossem revertidos, em razão do recurso especial da Contribuinte, os demais fundamentos vencedores para inadmissibilidade da glosa de amortização do ágio em questão. Em conclusão, compreendeu-se neste ponto preliminar que ainda não existiria fundamento inatacado no acórdão recorrido. *(destaques do original)*

Assim, confirmou-se que as referências à extemporaneidade do laudo no paradigma nº 1302-003.474 não constituem elemento distintivo e determinante para a decisão lá adotada.

De toda a sorte, evidenciada a dessemelhança entre o recorrido e o paradigma nº 1302-003.474, no que se refere à quantidade de *holdings* interpostas pelos adquirentes na aquisição do investimento – fundamento determinante do voto condutor do paradigma -, não resta caracterizado o dissídio jurisprudencial suscitado pela PGFN.

Registre-se que o exame de admissibilidade já afastou o paradigma nº 9101-002.962, porque nas operações ali analisadas não houve participação de FIP, aspecto referido sob outra ótica na sua rejeição em voto declarado por esta Conselheira nos casos em julgamento em face de Brinox Metalúrgica S/A:

O paradigma nº 9101-002.962, portanto, também trata de operação societária na qual o investidor estrangeiro tramita entre duas pessoas jurídicas nacionais os recursos para aquisição da investida. É BREPA, investida do Grupo Carrefour no Brasil, que recebe os recursos de CARREFOUR BV e os aporta em KORCULA, esta extinta por incorporação da investida adquirida (Atacadão S/A). E, como registrado em seu relatório, a exigência também havia sido formulada com multa qualificada, ao final reduzida a 75%, e ainda assim as glosas de amortização de ágio foram mantidas. Dessa forma, apesar da artificialidade apontada não autorizar a qualificação da penalidade, o outro Colegiado do CARF, distintamente do Colegiado *a quo*, entendeu que a pessoa jurídica interposta apenas para permitir a amortização fiscal do ágio impunha a glosa destes valores lançados contra o resultado da investida.

[...]

Contudo, é relevante a distinção apontada pela Contribuinte com respeito ao fato de no paradigma a origem dos valores utilizados na aquisição advirem de *empréstimo tomado por Korcula da sua controladora indireta no exterior*, ao passo que no presente caso houve captação mediante *emissão de debêntures no mercado*. Do voto condutor do paradigma consta que:

[...]

Tal aquisição fora acordada em contrato celebrado dez dias antes, figurando como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART ("família Lima"), as pessoas físicas sócias de LOLY ("família Schmeil") e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA. Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal pagadora das obrigações da compradora. O valor total de venda acordado foi de R\$ 2.233.440.000,00, sendo pago ágio no montante de R\$ 1.780.738.273,26.

Observando a Fiscalização que o montante faltante para o pagamento dos R\$ 2.233.440.000,00 acordados foi obtido mediante empréstimo direto de CARREFOUR BV a KORCULA, no valor de R\$ 1.095.629.201,83 (a KORCULA dispunha somente de R\$ 1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital integralizado pela BREPA), concluiu a autoridade fiscal que *"CARREFOUR BV foi a origem dos recursos para a compra do ATACADÃO, seja através de aumento de capital que passou por BREPA, seja através de empréstimo direto para KORCULA"*. Elaborou a Fiscalização o seguinte quadro que resume as operações:

[...]

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. **Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária)**, mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") **apontam nesse sentido**, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, **os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV)**. Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e **parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros**. Confira-se:

[...] (destacou-se)

O fato de os recursos empregados na aquisição terem vindo integralmente de CARREFOUR BV foi elemento determinante para a decisão do paradigma, e assim constitui dessemelhança que prejudica a formação do dissídio jurisprudencial.

Esclareça-se que o I. Relator aponta que o paradigma nº 9101-002.962 foi rejeitado nos precedentes nº 9101-007.009, 9101-006.533 e 9101-006.944, mas na visão desta Conselheira tal se deu em razão de circunstâncias fáticas específicas dos acórdãos lá recorridos.

Por tais razões, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

ACÓRDÃO 9101-007.389 – CSRF/1ª TURMA

PROCESSO 16561.720034/2019-17

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DOCUMENTO VALIDADO