



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720059/2020-54
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.921 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2024
Recorrente GLOBENET CABOS SUBMARINOS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2016, 2017

HOLDING. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. AQUISIÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. RECURSOS DE TERCEIROS.

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding) para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos serem provenientes de **terceiros** (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) revela um propósito comercial específico e dentro de um amplo contexto operacional/societário de um grupo econômico.

Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à **holding** a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal.

Constatada a legitimidade das operações de aquisição e incorporação, restam canceladas as demais infrações apontadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado perante este Colegiado, em face do Acórdão de nº 108-024.053 proferido pela 20ª Turma da DRJ/08, em sessão de 22 de novembro de 2021, que julgou improcedente os lançamentos de IRPJ e CSLL, decorrentes de amortizações indevidas de ágio pago, além de glosa de despesas financeiras relacionadas à créditos de terceiros (financiamento bancário e debêntures) para fins de aquisição da Recorrente (cujo pagamento continha ágio).

Houve a imposição de Multa Isolada por insuficiência de recolhimento de estimativas de IRPJ e de CSLL e Compensação Indevida de Prejuízo Operacional e de Base de Cálculo Negativa de CSLL.

Os fatos geradores situam-se nos anos calendários de 2016 e 2017, conforme Auto de Infração de IRPJ:

AMORTIZAÇÃO

INFRAÇÃO: VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS

Amortização indedutível em função da natureza do bem ou do direito ou da despesa, que não é amortizável, conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2016	310.688.925,07	150,00
31/12/2017	310.688.925,07	150,00

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

INFRAÇÃO: CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL

Valor não adicionado ao Lucro Líquido do período, para a determinação do Lucro Real, conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2016	95.783.881,64	150,00
31/12/2016	50.321.590,24	150,00
31/12/2017	66.928.756,46	150,00
31/12/2017	47.000.110,50	150,00

SALDO INSUFICIENTE

INFRAÇÃO: COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL

O sujeito passivo compensou prejuízos operacionais em montante superior ao saldo desse prejuízo, conforme detalhamento nos demonstrativos de apuração e no relatório fiscal anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2017	64.814.807,69	75,00

MULTA OU JUROS ISOLADOS**INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA**

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

[...]

A seguir, passo a transcrever o **TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL** onde ali estão os fatos ocorridos nos autos, apenas o reproduzo de forma resumida, mas nada que possa interferir na adequada compreensão dos fatos. [os destaques são do original]

[...]

2 – Da Caracterização dos Sujeitos Passivos**2.1 – Da Pessoa Jurídica Fiscalizada (GLOBENET)**

Consiste a fiscalizada, GLOBENET CABOS SUBMARINOS S/A, CNPJ 02.934.071/0001-97, doravante denominada “GLOBENET”, empresa esta que foi objeto da negociação tratada no presente relatório, em uma sociedade por ações (Sociedade Anônima – S/A), cujas atividades iniciaram-se em 10/12/1998 e, conforme preceitua o artigo 3º do Estatuto Social, consignado na Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 08/05/2019, tem por objeto social “a prestação de serviços telecomunicações e correlatos, incluindo, mas não se limitando, a prestação de serviços de internet, a implantação, operação e locação de meios e sistemas para telecomunicações e atividades correlatas, a compra, a venda, a importação e a exportação de equipamentos e o fornecimento de capacidade, meio e infraestrutura a empresas que detenham autorização, permissão ou concessão para exploração de serviços de telecomunicações.”

[...]

2.2 – Da Pessoa Jurídica Incorporada (BTG PACTUAL YS)

A empresa incorporada no planejamento tributário em estudo no presente relatório, BTG PACTUAL YS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 17.079.325/0001-04, doravante denominada “BTG PACTUAL YS”, consistia em uma sociedade anônima de capital fechado, cujas atividades iniciaram-se em 10/08/2012 e, conforme preceitua o Artigo 3º do Estatuto Social de 07/12/2012, possuía como objeto social “a participação em outras sociedades, simples ou empresárias, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista (‘Holding’), bem como a prestação de serviços administrativos e a gestão e a comercialização de bens próprios”.

[...]

2.3 – Do Real Adquirente (BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP)

O real adquirente das ações da empresa GLOBENET, no contexto do planejamento tributário ora em estudo, BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, doravante denominado “BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP”, “BTG PACTUAL FIP”, ou

simplesmente “FIP”, CNPJ nº 14.596.751/0001-27, consiste em um fundo constituído em 24/10/2011, conforme Instrumento Particular de Constituição lavrado naquela data, o qual aprovou e promulgou seu regulamento.

[...]

O objetivo do fundo foi descrito no artigo 10º (Capítulo V) do Ato de Constituição de 24/10/2011, nos seguintes termos: “proporcionar aos Cotistas a valorização de suas Cotas, observada a política de investimento definida no Capítulo VII abaixo, por meio de investimentos na aquisição direta de ações ou títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão das Companhias Investidas, de forma que o FUNDO venha a participar do processo decisório das Companhias Investidas, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão”. (grifo nosso)

Em resposta ao Termo de Início de Diligência Fiscal, de 22/02/2019, a atual administradora do FIP apresentou 13 (treze) boletins de subscrição do fundo, todos com data de 07/03/2013, segundo esclarecimentos das notas explicativas de suas demonstrações financeiras auditadas.

INVESTIDOR	CNPJ	Quantidade de Cotas Subscritas	Valor Total de Integralização	Participação
BTG PACTUAL BRAZIL INFRASTRUCTURE FUND II A FEEDER LLC	15.737.716/0001-43	107.183.966,79	R\$ 107.183.966,79	25,56%
BTG PACTUAL BRAZIL INFRASTRUCTURE FUND II B FEEDER LLC	15.737.717/0001-98	121.348.605,46	R\$ 121.348.605,46	28,94%
BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIC FIP	14.584.094/0001-06	117.827.863,70	R\$ 117.827.863,70	28,10%
BANCO BTG PACTUAL S/A	30.306.294/0001-45	73.014.201,37	R\$ 73.014.201,37	17,41%
TOTAL		419.374.637,32	R\$ 419.374.637,32	100,00%

Observe-se que 100% da composição do fundo provém de entidades pertencentes ao “Grupo BTG Pactual”, sendo que, das 4 (quatro) investidoras, 2 (duas) são estrangeiras:

“BTG Pactual Brazil Infrastructure Fund II A Feeder LLC” (aqui tratada como “LLC A”) e “BTG Pactual Brazil Infrastructure Fund II B Feeder LLC” (aqui tratada como “LLC B”), fundos localizados no estado de Delaware, nos Estados Unidos. “LLC A” é gerida pela empresa Santander Securities DTVM S/A e, “LLC B”, pelo Citibank DTVM S/A, ambas empresas brasileiras.

[...]

3 – Da Síntese do Planejamento Tributário Ilícito

O presente Termo de Verificação Fiscal tem por objetivo relatar a amortização indevida de ágio procedida pela empresa GLOBENET, decorrente da aquisição da totalidade de suas cotas pela empresa BTG PACTUAL YS, seguida de incorporação reversa, da adquirente pela adquirida, situação esta que culminou na redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a partir do ano-calendário de 2014.

Como veremos adiante, também ocorreu compra alavancada na operação, uma vez que a empresa BTG PACTUAL YS emitiu debêntures e contraiu empréstimo no exterior para viabilizar a aquisição da GLOBENET, sendo que, após sua incorporação pela empresa adquirida (a qual já estava prevista desde o início da operação), a GLOBENET passou a ser a devedora das mesmas debêntures e do empréstimo que subsidiaram sua própria aquisição, deduzindo,

indevidamente, a partir de então, os encargos financeiros decorrentes do financiamento.

Ademais, a holding BTG PACTUAL YS foi utilizada como empresa-veículo na operação, pois durante seu breve período de existência, sua principal função foi a de servir como canal de passagem ou “conta-caixa” para os recursos que viriam a ser utilizados na aquisição da GLOBENET, nenhum deles proveniente de suas próprias atividades, servindo ao papel de adquirente ficta da GLOBENET, a fim transferir para a própria empresa adquirida o ágio e os passivos financeiros provenientes da operação, promovendo uma redução indevida da tributação da fiscalizada.

Tal redução foi viabilizada por meio de planejamento tributário ilícito empreendido pelo GRUPO BTG PACUAL, encabeçado pelo fundo BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, que tem sua gestão promovida pela empresa BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA.

[...]

4 – Dos Fatos

4.1 – Do Financiamento da Operação

Intimada a apresentar memória de cálculo dos recursos que subsidiaram a aquisição da GLOBENET pela BTG PACTUAL YS, a fiscalizada respondeu em 17/12/2018, em atendimento ao Termo de Intimação nº 7, de 06/12/2018, com o seguinte quadro (fl. 1188):

Origem dos Recursos Utilizados para Aquisição (R\$)	
1) Empréstimo Sindicalizado Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation	858.709.200,00
2) Emissão de Debêntures	626.621.883,17
3) Capital Próprio	339.259.642,11

A fim de comprovar a entrada dos recursos acima relacionados (cujo somatório corresponde a R\$ 1.824.590.725,28) na conta corrente da empresa BTG PACTUAL YS, a fiscalizada apresentou, também, extrato bancário do Banco Itaú (fl. 1189), cujos lançamentos são reproduzidos a seguir:

Agência: 8541	Conta: 14923-6	Nome: BTG PACTUAL US EMP E PART SA	JANEIRO/2014	
Data	Lançamento	Orig.	Valor (R\$)	Saldo (R\$)
16/01	SALDO INICIAL			0,00
16/01	TRANSFERENCIA VALORES	2001	0,01-	
16/01	TRANSFERENCIA VALORES	2001	0,01	
17/01	FT TED 874712	6717	23.033.525,28-	
17/01	FT TED 574716	6717	1.779.026.000,00-	
17/01	FT 8541.14921-OTRUSTEE	6717	22.531.200,00-	
17/01	TED 033.0000BCO SANTANDE		255.823.000,00	
17/01	TED 036.0000BCO BRADESCO		370.798.883,17	
17/01	TED 208.0000BANCO PACTUA		858.709.200,00	
17/01	TED 208.0002BTG PACTUAL		339.259.642,11	0,00
17/01	SALDO FINAL			0,00

*Por fim, em relação ao lançamento devedor de **R\$ 1.779.026.000,00**, confirmou a fiscalizada tratar-se de parte do pagamento feito à empresa Oi pela aquisição da GLOBENET, e esclarece que uma pequena divergência em relação ao valor*

constante na memória de cálculo do ágio, apresentada em 17/01/2018 (transcrita na Subseção 4.2), deve-se a diferença cambial. O valor lá apontado utilizou a cotação de câmbio de 31/12/2013, data da contabilização do ágio na BTG PACTUAL YS (US\$ 758.000,00 x 2,3426 = R\$ 1.775.690.800,00), enquanto que o valor transferido à Oi teve como base o câmbio da data da efetiva transferência bancária, em 17/01/2014 (US\$ 758.000,00 x 2,3470 = R\$ 1.779.026.000,00).

[...]

4.1.1 – Do Empréstimo no Exterior

Em 02/04/2019, em resposta ao Termo de Intimação nº 09, a fiscalizada apresentou contrato referente ao empréstimo contraído no exterior junto ao Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation (fls. 1201 a 1300) no valor de US\$ 366.000.000,00, valor este que, convertido à taxa cambial de 2,3462 corresponde aos R\$ 858.709.200,00 depositados na conta corrente da BTG PACTUAL YS em 17/01/2014, conforme consignado no contrato de câmbio de 16/01/2014 que foi apresentado na mesma ocasião (fls. 1301 a 1304). Em 13/05/2019, a fiscalizada apresenta tradução do contrato de empréstimo (fls. 1391 a 1537).

A devolução do montante captado por meio do empréstimo dar-se-á por amortização em 20 (vinte) parcelas semestrais e consecutivas a partir de 17/07/2014 até 16/01/2024, ou seja, num prazo total de 10 (dez) anos, conforme percentuais previstos na tabela do item 2.05 do Contrato.

É de suma importância observar, ainda, que o contrato de empréstimo **já previa**, e tinha como condição, **que a contratante, BTG PACTUAL YS, deixaria de existir e seria incorporada pela empresa a ser adquirida com aqueles recursos, GLOBENET, que assumiria os encargos do passivo a partir daquele momento**, ou seja, a incorporação e transferência do empréstimo para a adquirida já claramente fazia parte do planejamento estratégico da empresa antes da aquisição da GLOBENET, e com data pré-estabelecida (180 dias após o fechamento), conforme é possível observar da leitura dos trechos abaixo:

“CONSIDERANDO que, assim que possível após a Data de Fechamento, o Tomador [BTG PACTUAL YS] realizará uma reestruturação societária pela qual o Tomador [BTG PACTUAL YS] será incorporado pelo Alvo [GLOBENET] e o Alvo [GLOBENET] será a pessoa jurídica superveniente;” (pg. 7, fls. 1398) (...)

“ ‘Tomador’ tem o significado indicado no preâmbulo deste Contrato. Contudo, a partir e após a conclusão da Incorporação Reversa, o termo “Tomador” se referirá somente ao Alvo [GLOBENET] ou, de acordo com a Cláusula 10.06(a), à BermudaCo ou USCo, conforme o caso.” (pg. 9, fls. 1400)

“Incorporação Reversa” significa a reestruturação societária que ocorrerá 180 dias após a Data de Fechamento, pela qual o Tomador [BTG PACTUAL YS] será incorporado pelo Alvo [GLOBENET], sendo o Alvo [GLOBENET] a única pessoa jurídica superveniente.” (pg. 32, fls. 1423)

Importante, ainda, ressaltar que, embora não conste textualmente no contrato de empréstimo a previsão de responsabilidade solidária do BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP (ali identificado como “Fundo BTG”) em relação

ao cumprimento do pagamento do principal e dos encargos decorrentes, fica evidente em alguns trechos que a manutenção do FIP na posição de controladora (ou de outra entidade ou fundo com capacidade financeira equivalente) foi condição essencial para aprovação do crédito, conforme vemos abaixo:

(C) se o Fundo BTG não tiver o Controle do Grupo BTG Pactual YS, mas algum outro membro do Grupo BTG Pactual tiver o controle do Grupo BTG Pactual YS, o Tomador prontamente providenciará a documentação e informações relacionadas àquela entidade exigidas pelos Credores ou alguma autoridade regulatória para permitir o cumprimento das normas e regulamentos “conheça o seu cliente” e contra a lavagem de dinheiro aplicáveis, inclusive, dentre outras, o Patriot Act. (pg. 12, fl. 1403) (...)

(vii) Em caso de Mudança de Controle, o **Tomador pagará antecipadamente** um valor total principal dos Empréstimos igual a 100% do valor em aberto da Linha de Crédito à época, no prazo de 20 (vinte) Dias Úteis de tal Mudança de Controle. (pg.36, fl. 1427)

(e) o Tomador [BTG PACTUAL YS] pode emitir Participações Acionárias em si mesmo contanto que tal emissão ou venda não resulte em o Tomador [BTG PACTUAL YS] deixar de ser controlado pelo Fundo BTG ou quaisquer empresas Coligadas pelo Fundo BTG; ressalva-se que referidas Participações Acionárias devem ser penhoradas a favor das Partes Garantidas sob essencialmente os mesmos termos que a Cessão Fiduciária de Ações do Tomador; (pg. 71, fl. 1462) (grifos nossos)

Fica evidente da leitura das cláusulas acima que o grupo BTG PACTUAL deveria manter como controlador o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP ou qualquer outra entidade do grupo que tivesse condições financeiras de suportar a operação, já que a BTG PACTUAL YS não o tinha e, inclusive, deixaria de existir por incorporação da empresa adquirida logo após a concretização do negócio. Já se sabia de antemão que a GLOBENET passaria a suportar o empréstimo e, na impossibilidade de honrá-lo, seu controlador, BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP (ou outra entidade do grupo), poderia fazê-lo.

4.1.2 – Das Debêntures

Em 02/04/2019, em resposta ao Termo de Intimação nº 09, a fiscalizada apresentou Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples (fls. 1314 a 1371) realizada em nome da empresa BTG PACTUAL YS em 15/01/2014, bem como Primeiro Aditamento à Escritura, de 24/01/2014 (fls. 1307 a 1313). O valor total de captação prevista na Escritura de Emissão de Debêntures (alterado pelo 1º Aditamento) foi de R\$ 638.384.000,00 (item 3.3), sendo emitidas 2.720 debêntures (item 4.1.2) ao valor nominal unitário de R\$ 234.700,00 (item 4.1.1). Tal valor em dólares estadunidenses corresponde a US\$ 272.000.000,00, conforme item 3.3 da Escritura original.

A fiscalizada foi também intimada a apresentar relação de debenturistas e informar a quantidade de debêntures emitidas e o valor investido por cada investidor. Foi apresentada, em 22/04/2019, mensagem eletrônica (fl. 1382) remetida pelo agente fiduciário das debêntures (Planner Trustee DTVM Ltda.),

por meio da qual é possível identificar a origem da captação dos recursos conforme tabela abaixo:

DEBENTURISTA	CNPJ	Quantidade	Valor Investido	Percentual
Banco Santander (Brasil) S/A	90.400.888/0001-42	1.090	R\$ 255.823.000,00	40,0735%
Banco Bradesco Berj S/A	33.147.315/0001-15	1.630	R\$ 382.561.000,00	59,9265%
		2.720	R\$ 638.384.000,00	100,00%

A devolução do montante captado por meio das debêntures dar-se-á por amortização em 20 (vinte) parcelas semestrais e consecutivas a partir de 17/07/2014 até 16/01/2024, ou seja, num prazo total de 10 (dez) anos, conforme percentuais previstos na tabela do item 4.2.1 da Escritura.

4.1.3 – Do “Capital Próprio”

Com o objetivo de verificar se algum capital da própria BTG PACTUAL YS teria sido aplicado na aquisição da GLOBENET, esta fiscalização questionou a empresa sobre a natureza do montante de R\$ 339.259.642,11, identificado na tabela apresentada em 17/12/2018 como “Capital Próprio”, ao que respondeu, em atendimento ao Termo de Intimação nº 10, nos seguintes termos (fl. 1380):

“C) Capital Próprio (R\$ 339.259.642,11): apresentar cópia da TED realizada em 17/01/2014 e informar dados da conta bancária de onde partiu a transferência (nº da conta, agência, banco e titular) e discriminar a origem de tal capital (informar se houve resgate de aplicação financeira, transferência direta de outra conta corrente, aporte de capital, etc);

A Fiscalizada vem apresentar a cópia da TED mencionada (Doc. 03). De todo modo, a Fiscalizada reitera que já apresentou o extrato bancário apresentado em resposta ao Termo de Intimação nº 7, o qual comprova a transferência do montante de R\$ 339.259.642,11 à conta corrente do BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S.A., no Banco Itaú.”

A TED anexada à resposta comprova que se trata de transferência a partir de outra conta corrente que tem como titular a própria BTG PACTUAL YS (Agência 0002 – Conta 148994 – Banco Pactual). Percebe-se, assim, claramente, a tentativa da empresa em comprovar que tal montante adveio de recursos da própria empresa, o que sustentaria a tese (fictícia) de que a BTG PACTUAL YS teria sido a real adquirente das quotas da GLOBENET.

Compulsando os registros contábeis da empresa (ECD), verificamos que, na realidade, tais recursos foram fornecidos pela controladora BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP por meio de integralização de capital. O aporte de R\$ 339.200.000,00 consta nos registros contábeis relativos à mencionada conta corrente (conta contábil 1123000208 – BANCO BTG PACTUAL S.A.), na mesma data de 17/01/2014 (fls. 1385 e 2256).

[...]

Assim, considerando que R\$ 858.709.200,00 tiveram origem em empréstimo no exterior, R\$ 626.621.883,17, em captação por meio de debêntures, e R\$ 339.259.642,11 em integralização feita pela controladora BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, constata-se que **nenhum valor da própria BTG PACTUAL YS** foi empregado na aquisição da GLOBENET, ou seja, o capital

empregado na operação não adveio de atividade própria da BTG PACTUAL YS, que, em realidade, nada produziu em seus breves dois anos de existência.

4.2 – Da aquisição da GLOBENET

Em 12/07/2013, embora não dispondo de recursos para arcar com a operação, BTG PACTUAL YS celebra “Contrato de Compra e Venda de Quotas e Avenças” (fls. 69 a 137, tradução às fls. 553 a 631) com OI S/A e BRT Serviços de Internet, para aquisição da GLOBENET (então denominada “Brasil Telecom Cabos Submarinos Ltda”). BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP consta apenas como parte interveniente tendo em vista ser controladora da BTG PACTUAL YS.

*Em 20/12/2013, BTG PACTUAL YS reconhece em sua contabilidade o recebimento da totalidade das quotas da GLOBENET no valor de **R\$ 1.775.690.800,00** (conta 2121021052 – Brasil Telecom Cabos Submarinos Ltda) e, em 31/12/2013, realiza lançamento credor de **R\$ 1.548.601.690,24** de ÁGIO contra débito na conta 2121021052 - Ágio-BRASIL TELECOM CABOS SUBMARINOS LTDA (fl. 2269).*

*Em 17/01/2014, BTG PACTUAL YS recebe o montante de **R\$ 1.824.590.725,28** e passa, então, a deter os recursos necessários para cumprir com as obrigações financeiras decorrentes do contrato de aquisição das quotas da GLOBENET e reconhece tal recebimento, bem como o repasse do valor devido à OI na mesma data, conforme lançamentos já mencionados no item 4.1.*

Questionada a apresentar memória de cálculo da apuração do ágio pago na aquisição da GLOBENET, por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal, de 30/11/2017, a fiscalizada informou, em 17/01/2018, que o ágio tem fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, e apresentou os seguintes demonstrativos (fl. 138):

[...]

*Para validar a classificação do ÁGIO lançado na contabilidade da BTG PACTUAL YS como expectativa de rentabilidade futura, foi apresentado Relatório de Avaliação Econômico-Financeira (fls. 497 a 532) emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., o qual, utilizando-se do Método da Lucratividade (Income Approach), baseado na metodologia do Fluxo de Caixa Futuro Descontado a Valor Presente, teve como resultado da avaliação, o valor econômico da totalidade das quotas da GLOBENET em **US\$ 773 milhões** (setecentos e setenta e três milhões de dólares), valor bem próximo àquele utilizado pela empresa para registro do ágio.*

*No entanto, embora a data-base da avaliação seja 30 de novembro de 2013, o relatório elaborado pela Deloitte é de 20 de maio de 2015, ou seja, 17 meses após o registro do ágio na contabilidade da BTG PACTUAL YS, que ocorreu em dezembro de 2013, o que denota, pela cronologia dos fatos, que o laudo de avaliação foi elaborado apenas para corroborar a valoração das quotas da GLOBENET que já havia sido realizada pelo GRUPO BTG PACTUAL à época da negociação com a OI, e assim pretensamente validar a fundamentação do ágio em rentabilidade futura. Afinal, o contrato de compra e venda celebrado com a OI é de 12/07/2013, e nele já constava o valor de **US\$ 770 milhões** a ser pago na transação (item 3.1. Preço de Compra).*

[...]

4.3 – Da Incorporação da BTG PACTUAL YS pela GLOBENET

Em 28/07/2014, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada na mesma data nas duas empresas, a fiscalizada, GLOBENET, incorpora sua controladora BTG PACTUAL YS, absorvendo em seu Balanço Patrimonial o ÁGIO oriundo da aquisição de suas próprias ações, bem como o PASSIVO oriundo do empréstimo contraído no exterior e das debêntures emitidas, passivo este que subsidiou sua aquisição, e então passa a ser suportado pela própria empresa adquirida.

[...]

Analisando-se a contabilidade da GLOBENET, verifica-se que foram registrados os seguintes lançamentos, em 28/07/2014, por ocasião da incorporação da BTG PACTUAL YS, referentes ao ágio que foi então transportado para ser amortizado na incorporadora, os quais somados totalizam **R\$ 1.598.790.267,67:**

12214006 – ÁGIO – GOODWILL – YS – 1.298.482.203,71

12214007 – ÁGIO – GOODWILL 2 – YS – 300.308.063,95

Observa-se que estes valores coincidem com os saldos finais das seguintes contas, constantes na contabilidade da BTG PACTUAL YS na data da incorporação, os quais fazem referência à Brasil Telecom Cabos Submarinos Ltda (antiga denominação da GLOBENET), e que somados também totalizam **R\$ 1.598.790.267,67:**

2121022052 - Ágio – BRASIL TELECOM CABOS SUBMARINOS LTDA – 1.298.482.203,71

2121021052 - BRASIL TELECOM CABOS SUBMARINOS LTDA – 300.308.063,96

4.4 – Da Amortização do Ágio

A partir de julho de 2014, a fiscalizada passou a amortizar fiscalmente o valor total de ágio, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, à razão de um sessenta avos por mês, correspondente ao valor mensal de R\$ 25.890.743,76, no decorrer de seis anos (de julho de 2014 a junho de 2019), totalizando R\$ 155.344.462,53 em 2014, R\$ 310.688.925,07 anuais de 2015 a 2018, e R\$ 155.344.462,53 em 2019, resultando em **R\$ 1.553.444.625,34** ao final do período, conforme informado no “Demonstrativo de Amortização do Ágio Fiscal” (fl. 1188) apresentado em 18/12/2018, em resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, cujos valores são resumidos no quadro abaixo:

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Janeiro	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Fevereiro	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Março	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Abril	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Maio	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Junho	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Julho	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Agosto	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Setembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Outubro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Novembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Dezembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
TOTAL	R\$ 155.344.462,53	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 155.344.462,53
TOTAL = R\$ 1.553.444.625,34						

[...]

4.5 – Das Despesas Financeiras

Entendendo a real operação de compra da GLOBENET, não podemos aceitar que essas dívidas façam parte do balanço patrimonial da fiscalizada: os ônus correspondentes são despesas desnecessárias à atividade da GLOBENET, visto que o ativo financiado pela dívida (A própria fiscalizada) comprovadamente não gera benefício à GLOBENET, mas sim à sua sócia controladora. Esse artifício, irregular tributariamente tem o firme propósito de reduzir única e exclusivamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que caracteriza o abuso de forma dos atos praticados. Para os anos de 2016 e 2017, na data de 09/11/2020, em resposta ao Termo de Intimação nº 04 do presente TPDF (fl. 2571 a 2579), a fiscalizada apontou a contabilização das despesas que afetaram os resultados contábil e fiscal da própria GLOBENET, em decorrência das debêntures e do empréstimo estrangeiro, oriundos de sua aquisição, e identificou os itens da ECF em que tais despesas afetaram o resultado tributável da empresa, conforme abaixo transcrito:

[...]

De passagem, convém observar que os requisitos de dedutibilidade do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 são pressupostos do artigo 17 do Decreto-lei 1.598/77, base legal do artigo 374 do RIR/99.

4.6 – Das Justificativas da Empresa

Por meio do Termo de Intimação nº 12(fl.1538), de 10/06/2019, foram feitos diversos questionamentos à fiscalizada a fim de se verificar a necessidade de utilização da BTG PACTUAL YS no processo de aquisição da GLOBENET, bem como as próprias razões de sua constituição e questionou-se também sobre as razões pelas quais o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP não adquiriu diretamente as quotas da GLOBENET e, ainda, as razões que levaram o grupo a adotar tal forma de obtenção de recursos.

Como se verá adiante, todas as respostas (fls. 1541 a 1544) foram evasivas e não trouxeram luz às dúvidas suscitadas. Apenas demonstram a postura defensiva da empresa em tentar validar a tese ficcional por ela orquestrada, de que a BTG PACTUAL YS teria sido a real adquirente da GLOBENET omitindo o fato de que, na essência, quem o fez foi o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II IP, conforme demonstraremos mais à frente.

1) Considerando que, conforme informado em respostas anteriores, os recursos para aquisição da fiscalizada tiveram origem em empréstimo no exterior (R\$ 858 milhões), emissão de debêntures (R\$ 638 milhões) e integralização de capital pelo controlador “BTG Pactual Infraestrutura II FIP” (R\$ 339 milhões), informar se algum capital da própria empresa “BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A” foi empregado na aquisição da Globenet;

Em resposta ao presente item, a Fiscalizada informa que todo o capital empregado na aquisição da Fiscalizada era, nesse momento, de titularidade da BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S.A., sociedade adquirente, conforme já esclarecido no curso dessa fiscalização. Inclusive, no Fato Relevante divulgado pela alienante em 15/07/2013 (Doc. 02), apresentado no curso dessa fiscalização, já constava a informação de que a BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S.A. figurava como compradora da ora Fiscalizada.

[...]

Em relação ao empréstimo e às debêntures, verifica-se que a BTG PACTUAL YS não tinha condições financeiras de honrar com os encargos decorrentes, já que não possuía qualquer atividade produtiva. Mas como o Grupo Oi aceitaria vender uma empresa do porte da GLOBENET, numa operação de R\$ 1,8 bilhão, para uma empresa recém constituída, que nada produz, e que portanto não tinha patrimônio e lucratividade compatível com o passivo que se assumiria? E como uma instituição financeira concederia um empréstimo de R\$ 858 milhões para uma empresa nestas condições? Tal situação se explica, primeiro pelo fato de tão empresa ser controlada pelo FIP do Grupo BTG ACTUAL. Segundo, pelo fato de que já estava previsto no Contrato de Compra e Venda, na Escritura de Emissão de Debêntures e no Contrato de Empréstimo que a própria empresa adquirida, GLOBENET, arcaria com tais encargos.

Ademais, o fato de constar no Fato Relevante e no Contrato de Compra e Venda a informação de que BTG PACTUAL YS figurava como compradora da GLOBENET apenas demonstra a tentativa do Grupo de dar aparência ao que na essência não ocorreu, uma vez que, quem de fato adquiriu a GLOBENET, atendo-se à essência da operação, foi o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP.

2) Por que a empresa optou por obter recursos por meio de empréstimos e emissão de debêntures? Considerando que a empresa fazia parte do grupo BTG Pactual com investidores estrangeiros, por que a empresa não obteve os recursos diretamente através de seus investidores?

3) Por que o grupo BTG Pactual optou por recorrer a empréstimo no exterior ao invés de recorrer a instituições no Brasil para aquisição da fiscalizada?

Em atendimento aos itens 2 e 3 do termo de Intimação 12, informa-se que a obtenção de recursos por meio de empréstimos no exterior e pela emissão de debêntures correspondem a legítimas opções negociais deliberadas à época das transações.

De fato, a chamada aquisição alavancada (leveraged buyout), que se verificou no presente caso, é comum e usual no mercado de private equity, tratando-se de opção viável para a aquisição da ora Fiscalizada, e para a qual não havia qualquer óbice regulatório ou legal.

Ainda, esclarece-se a menção ao “grupo BTG” realizada nos enunciados das questões “2” e “3” é indevida, visto que a BTG YS Empreendimentos e Participações S/A, pessoa jurídica com administração própria e que deliberava as suas próprias decisões, tal como a aquisição da Fiscalizada, era controlada pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP, fundo que conta majoritariamente com a participação de terceiros.

De fato a utilização do mecanismo de compra alavancada, por si só, não representa infração legal. No entanto, analisando-se o conjunto da operação, fica claro que a empresa se utilizou de tal mecanismo, aliado à utilização de empresa veículo (BTG PACTUAL YS) [...], para transportar um ágio e um passivo de titularidade de um Fundo (BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP) para obtenção de redução tributária indevida.

Em relação à discordância na menção ao “Grupo BTG Pactual”, a empresa argumenta que a BTG PACTUAL YS tinha administração própria e deliberava suas próprias decisões, e contava majoritariamente com a participação de terceiros.

Entretanto, verifica-se que todos os membros da Diretoria da BTG PACTUAL YS eram, na realidade, funcionários do BANCO BTG PACTUAL S/A ou da BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA, conforme será detalhado mais à frente (na Subseção 5.3.1). Em realidade, nenhum membro da Diretoria da empresa era de fato funcionário remunerado pela BTG PACTUAL YS, ou seja, todas as decisões da empresa foram deliberadas por representantes de outras empresas integrantes do “Grupo BTG Pactual”, o que demonstra a necessidade e plausibilidade de se utilizar tal expressão.

[...]

5) Por que o fundo “BTG Pactual Infraestrutura II FIP” não adquiriu diretamente a empresa fiscalizada, optando por realizar a aquisição por meio de sua controlada “BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A”?

6) A participação da empresa “BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A” na compra da fiscalizada foi indispensável? Por quê?

7) Quais as razões da constituição da empresa “BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A”?

8) Quais atividades foram desenvolvidas pela empresa “BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A” nos anos de 2012, 2013 e 2014?

Entre as decisões negociais tomadas à época da aquisição da ora Fiscalizada, encontra-se a de que a BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A seria a holding que figuraria como sua adquirente, empregando os meios e recursos para tanto.

Entre outros fatores, a aquisição da Fiscalizada pela BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A se deu pela impossibilidade de o BTG Pactual Infraestrutura II FIP contrair dívidas, por vedação regulatória (Instrução CVM nº 391/2003, vigente à época dos fatos).

Registre-se que as funções desempenhadas pela BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A são aquelas típicas de uma sociedade holding, qual seja, a de deter investimentos em outras sociedades – no caso, a ora Fiscalizada. (grifos nossos)

É importante observar aqui que, primeiramente, a fiscalizada não esclarece as razões da constituição da BTG PACTUAL YS, nem as atividades desenvolvidas por ela durante sua curta existência de dois anos (de 10/08/2012 a 28/07/2014), restringindo-se apenas a informar que seria uma “holding”. Tal fato reforça o entendimento desta fiscalização de que a existência da BTG PACTUAL YS prestou-se apenas à sua utilização como empresa veículo para formalizar o negócio com a Oi.

*Outrossim, é relevante que a fiscalizada reconhece que a utilização da BTG PACTUAL YS estava “entre as decisões negociais tomada à época da aquisição (...) de que (...) seria a holding que figuraria como sua adquirente”, ou seja, o Grupo BTG PACTUAL deliberadamente **optou por DEFINIR a empresa BTG PACTUAL YS como a empresa adquirente**, tratando-se, portanto, de OPÇÃO ESTRATÉGICA da empresa. Esta estratégia, como aqui demonstramos, objetivou exclusivamente a obtenção de economia tributária.*

A única hipótese prevista em lei para utilização fiscal antecipada do ágio por expectativa de rentabilidade futura é quando há confusão patrimonial entre a empresa que efetivamente adquiriu o investimento com sobrepreço e o próprio investimento adquirido, ou seja, adquirente e adquirido tornam-se um só. Tal confusão ocorreria caso BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP tivesse sido incorporada pela GLOBENET ou vice-versa, o que por óbvio não ocorreu.

Em realidade, o que o Grupo BTG PACTUAL fez foi transferir recursos para uma empresa de prateleira que já se tinha intenção de extinguir (BTG PACTUAL YS), “fazendo de conta” que esta era adquirente do bem transacionado. Assim, o ágio e o passivo foram lá contabilizados, em seguida, transferidos para a própria empresa adquirida com sobrepreço por meio da incorporação. Ao final, real adquirente e adquirida continuam existindo como empresas distintas, e tanto o ágio como o passivo financeiro reduzem indevidamente a carga tributária da própria empresa que deu causa ao seu surgimento.

5 – Das Infrações Apuradas

5.1 – Da Indedutibilidade dos Encargos de Amortização do Ágio

Levando-se em conta os fatos anteriormente narrados e relacionados às operações societárias empreendidas, as quais culminaram na incorporação da empresa BTG PACTUAL YS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A pela fiscalizada (GLOBENET CABOS SUBMARINOS S/A), há que se concluir pela ilicitude da redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL desta, por meio da dedução dos encargos de amortização do ágio, como a seguir demonstrado.

Preliminarmente, impende examinar os diplomas legais que dispõem acerca de tal tipo de dedução, bem como analisar se os fatos em comento se subsumem às normas por eles definidas.

O investimento em aquisições de ações de outras empresas, com ágio ou deságio, tem o seu tratamento contábil disciplinado na Lei nº 6.404/1976 e o seu tratamento fiscal regulado nos artigos 384 a 391, e 426, do RIR/99, bem como nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

[...]

*Como se depreende da leitura do dispositivo regulamentar acima, a permissão legal para que a **empresa resultante** da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, **impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida**; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a “**confusão patrimonial do investimento**”, ou seja, o ágio pago pela investidora na aquisição das ações da investida resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).*

*Isto porque **enquanto não se verificar a necessária “confusão patrimonial”**, a participação societária na investida permanece, juntamente com o ágio pago na sua aquisição, contabilizada no ativo permanente da investidora, e sendo assim **restará sempre a possibilidade de se valer da regra geral da recuperação do ágio por meio da alienação do investimento**, momento em que esse ágio comporá o custo de aquisição na apuração do ganho de capital.*

[...]

Em outras palavras, aludida matriz legal permite um único aproveitamento fiscal do ágio pago: ou pela regra geral da integração do ágio ao custo da aquisição para apuração do ganho de capital, quando da alienação do investimento, ou, subsidiariamente - na impossibilidade da alienação do investimento pela ocorrência do fenômeno da “confusão patrimonial” -, pela apropriação dos encargos de amortização nos limites e prazos preceituados na lei.

[...]

*Vale lembrar que, no caso em apreço, ao final da relatada seqüência de eventos societários, a situação organizacional era exatamente igual àquela que se apresentava inicialmente. **Não se verificou a requerida unificação patrimonial**: GLOBENET continuou existindo e registrada como investimento de sua investidora. BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, real adquirente da participação societária, obviamente também não deixou de existir. Apenas se projetou em sua controlada BTG PACTUAL YS o ágio pago na aquisição da GLOBENET para, em seguida, transferi-lo para a própria GLOBENET por meio de incorporação.*

Houve, na realidade, apenas uma torpe tentativa de se ajustar à letra da lei, sem que restassem atendidos os requisitos intrínsecos do permissivo legal, o qual condiciona a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio à extinção por

incorporação, fusão ou cisão da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa).

[...]

A prevalecer a interpretação do sujeito passivo, **reputar-se-ia letra morta, ou pelo menos relegaria a sua aplicação a situações excepcionalíssimas**, as disposições do art. 391, c/c art.426, todos do RIR/99, os quais vedam o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, exceto no momento da alienação ou liquidação do investimento adquirido com ágio (regra geral).

Bastaria, pois, **a qualquer momento**, formatar operações de aumento de capital em qualquer “empresa de prateleira” (ou a injeção de capital por meio de contratação de empréstimo ou emissão de debêntures), mediante conferência do investimento adquirido com ágio, seguido de incorporação dessa “carcaça jurídica” pela empresa investida, para assim projetar esse ágio pago pela investidora para dentro da própria empresa investida que deu causa ao seu surgimento, o qual passaria a ser amortizado, **não na investidora, mas na investida**, sob a pretensa ocorrência da hipótese prevista no art. 386, inciso III, do RIR/99 (regra subsidiária), **para assim se esquivar facilmente da vedação ao aproveitamento fiscal do ágio ora referido** (regra geral).

[...]

5.2 – Do Duplo Aproveitamento Fiscal do Ágio pelo FIP

[...]

De fato, a hipótese de recuperação fiscal do ágio fundamentado na rentabilidade futura da investida por via de sua amortização somente está prevista na situação definida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, onde se demanda que ocorra incorporação, fusão ou cisão da investida pela investidora, ou vice-versa. Tratando-se a investidora de um FIP e a investida de uma sociedade por ações, tal possibilidade simplesmente inexistente.

Portanto, ainda que uma série de atos formalmente perfeitos resulte na transferência, para a investida, do ágio pago em sua aquisição pelo FIP, **disso jamais resultará a situação prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, de modo que a amortização fiscal desse ágio pela investida não tem aí seu fundamento, como de fato não tem qualquer fundamento.**

O aproveitamento fiscal de ágio pago por FIP na aquisição de participação societária jamais poderá ter lugar pelo mecanismo instituído pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sendo viável **somente pela alienação do investimento, como parte do custo de aquisição.**

O aproveitamento fiscal, pela investida, do ágio pago em sua aquisição pelo FIP é também impossibilitado por razões já expostas na Subseção anterior.

Em conclusão, tem-se que, **não havendo extinção do investimento, não se configura** a hipótese de aproveitamento fiscal do ágio prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, não sendo admissíveis os efeitos fiscais, na investida, do ágio a ela **transferido por meio de empresa veículo.**

5.3 – Da Utilização de Empresa Veículo

[...]

Com a interposição estratégica da BTG PACTUAL YS na aquisição da GLOBENET, seguida de incorporação da primeira pela segunda, vários objetivos foram atingidos. Primeiramente, o societário: chegou-se à configuração desde o início desejada para o investimento, tendo-se eliminado, como sempre se pretendeu, o incômodo apêndice transitoriamente inserido, a BTG PACTUAL YS.

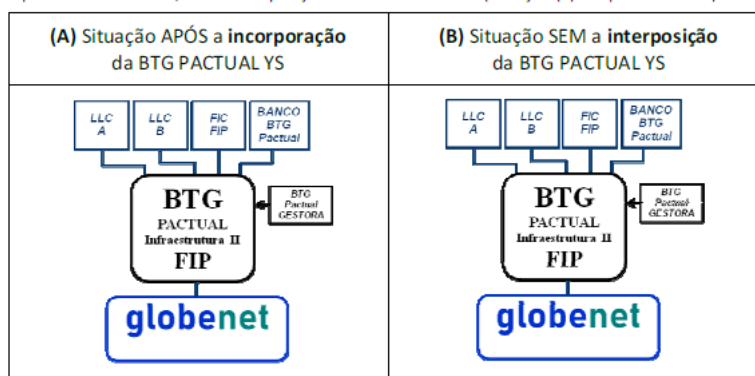
Atingiu-se, também, um primeiro objetivo no campo **tributário**: ficou “resolvido” o “problema” da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio, o qual teria ficado evidente caso o negócio tivesse sido realizado sem a interposição da BTG PACTUAL YS, diretamente pelo FIP.

Atingiu-se, ainda, um objetivo que poderíamos classificar exclusivamente como **financeiro**: o passivo correspondente ao empréstimo tomado para financiar parte da operação foi carreado para a investida, para ser por esta suportado. Trata-se da estratégia de investimento denominada aquisição alavancada, tema que também será abordado na Subseção 5.5 deste TERMO.

Porém, não é correto localizar esse objetivo apenas no campo financeiro. Pois não se trata, aqui, apenas de viabilizar um mecanismo pelo qual a GLOBENET suportasse parte dos custos de sua própria aquisição. Trata-se, isso sim, de, **ao mesmo tempo**, aproveitar tributariamente esses custos. Assim, na aquisição alavancada os objetivos financeiro e tributário da operação se fundem.

Ressalteemos que, com a extinção da BTG PACTUAL YS, o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP tornou-se titular direto da participação na GLOBENET (situação (A) do quadro abaixo).

Esta exata configuração teria ocorrido caso o FIP tivesse adquirido diretamente as quotas da GLOBENET, sem a interposição da BTG PACTUAL YS (situação (B) do quadro abaixo).



Como se pode observar, as situações (A) e (B) acima representadas são idênticas. Logo, se na situação (A) inexistia óbice à aquisição da GLOBENET diretamente pelo FIP, também não o há na situação (B). Ou seja, se a extinção da BTG PACTUAL YS – após a incorporação – não tornou impossível o controle direto da GLOBENET pela FIP, ela de fato nunca foi “indispensável” para tanto.

No tocante à justificativa (2) apresentada a esta fiscalização, de que a violação legal para o FIP contrair dívidas teria tornado necessária a utilização da BTG PACTUAL YS na operação, tal assertiva não comprova o cumprimento da lei, mas detona exatamente o contrário, que o Grupo BTG Pactual interpôs uma empresa veículo (BTG PACTUAL YS) justamente para burlar a vedação imposta pela lei, tornando viável a contração de empréstimo que o FIP “oficialmente” não poderia fazer.

*A despeito de o empréstimo ter sido formalmente contratado pela BTG PACTUAL YS, na essência, ele de fato foi tomado pelo FIP. Com isso, foi **violada** a restrição imposta pela Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, que regula os Fundos de Investimento em Participações, apontada pelo próprio contribuinte. Segundo o inciso II do artigo 35 da referida Instrução, é vedado a esse tipo de Fundo contrair empréstimo:*

Art. 35. É vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo:

(...)

II – **contrair** ou **efetuar** empréstimos, salvo nas modalidades estabelecidas pela CVM;

(...) (g.n.)

Observemos que a impossibilidade de contratação de empréstimo pelo FIP não faz com que a BTG PACTUAL YS seja automaticamente a única alternativa possível. Se os Investidores não tinham intenção de despendar o montante total necessário para realizar a aquisição da GLOBENET, poderiam perfeitamente tê-lo realizado por meio de outras empresas do Grupo que tivessem condições financeiras de honrá-lo, ao invés de utilizar uma holding, não operacional, cujo patrimônio evidentemente era totalmente incompatível com o montante do empréstimo que se estava contraindo.

Vale observar que um dos quatro Investidores do FIP é o BANCO BTG PACTUAL S/A, empresa que possuía à época da operação, em 2013, Patrimônio Líquido de R\$ 12,1 bilhões e Lucro Líquido de R\$ 2,7 bilhões naquele ano (conforme Demonstrações Financeiras Consolidadas, às fls.2428/2429, pg. 4/5), a qual não apenas poderia figurar como titular do empréstimo como também tinha perfeitas condições de arcar com a própria aquisição.

Assim, não apenas a obtenção do empréstimo foi uma opção, sua formal contratação pela BTG PACTUAL YS também o foi. Tal opção foi feita já por ocasião da estruturação do investimento.

Portanto, fez parte da concepção do negócio:

(a) a inserção de um elo provisório em sua estrutura – a BTG PACTUAL YS – que formalmente obteria um empréstimo e emitiria debêntures para cobrir parte dos recursos necessários à aquisição da GLOBENET;

(b) que esse mesmo elo seria subsequentemente incorporado pela GLOBENET, passo previsto desde o início do processo, conforme demonstrado;

(c) que, concluída essa etapa, os custos do empréstimo e das debêntures seriam suportados pela adquirida e, ao mesmo tempo, aproveitados tributariamente.

É esse o desenho da estratégia de investimento denominada aquisição alavancada. Tal estratégia, no presente caso, se apresenta não apenas como imoral, mas também como ilegal, dado que tem, dentre suas premissas, o aproveitamento tributário de despesas tributariamente indedutíveis, conforme demonstrará a Subseção 5.5 deste TERMO. Dessa forma, não tem serventia para justificar a existência da BTG PACTUAL YS.

Destaque-se que o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP não possuía – e jamais chegou a possuir – qualquer outra participação societária além da relacionada a tal aquisição.

Conforme verifica-se da leitura do Contrato de Compra e Venda e do Contrato de Empréstimo, a BTG PACTUAL YS já estava destinada a ser incorporada pela GLOBENET, desde o momento em que foi inserida na estrutura montada para aquisição desta.

[...]

Cabe, ainda, analisar a justificativa constante no Protocolo de Incorporação e Justificação da BTG PACTUAL YS pela GLOBENET, de 28 de julho de 2014 (fl. 181):

XII - DA JUSTIFICAÇÃO

12.1. A justificativa e o objetivo da Incorporação pretendida encontra amparo em um ganho de sinergias para as Partes, na medida em que resultará na simplificação da estrutura atual, através da consolidação da estrutura societária das Partes em uma única sociedade, com a consequente redução de custos financeiros, operacionais e a racionalização das atividades das Partes. (grifos nossos)

Ora, é totalmente contraditório que, para adquirir a GLOBENET, o Grupo BTG PACTUAL tenha adotado como procedimento preparatório a constituição de uma holding não-operacional para, dois anos depois, extingui-la sob a justificativa de obtenção de “redução de custos financeiros, operacionais e a racionalização das atividades das Partes”. Já não se sabia de antemão que um maior número de empresas resultaria em um maior custo operacional? Precisou-se engendrar toda a reestruturação societária anteriormente descrita, para, só então, se concluir que a simplificação da estrutura societária reduziria os custos financeiros e operacionais? Fica patente que a utilização da BTG PACTUAL YS serviu única e exclusivamente para transportar o ágio para o Balanço da fiscalizada e torná-lo amortizável por via da incorporação.

[...]

5.3.1 – Das Pessoas Físicas com Poder de Decisão

Analisando-se os membros do Corpo Diretivo da BTG PACTUAL YS, verifica-se que nenhum deles é de fato funcionário remunerado pela empresa e, ainda, compulsando-se os principais documentos relativos à operação de financiamento e de aquisição da GLOBENET, verifica-se que nenhum dos diretores da BTG PACTUAL YS participou das decisões tomadas, fato que demonstra que, na realidade, a empresa não teve qualquer atuação naquele processo, ou seja, não deliberava suas próprias decisões, ao contrário do que a fiscalizada tenta argumentar.

[...]

Analizando-se o Contrato de Compra e Vendas de Quotas da GLOBENET, verifica-se que as pessoas físicas nomeadas a receber todas as notificações, consentimentos, solicitações e outras comunicações porventura direcionadas à BTG PACTUAL YS (item 9.1, fl. 131), são as mesmas constantes na Escritura de Emissão das Debêntures: Renato Mazzola, Pedro Henrique Fragoso, Andrea Di Sarno, Jon Bisgainer, e Gabriel Barretti. Assinam o contrato, representando a BTG PACTUAL YS (fl. 136), Andrea Di Sarno e Renato Mazzola. Reitere-se, novamente, que nenhum deles é funcionário da BTG PACTUAL YS e todos são ligados à BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA (gestora do FIP) e/ou ao BANCO BTG PACTUAL S/A (investidor do FIP).

Assim, vê-se que a BTG PACTUAL YS não teve de fato qualquer tipo de influência nas decisões tomadas ao longo do processo. Todas as decisões foram tomadas por funcionários de outras empresas do GRUPO BTG PACTUAL, sobretudo da Gestora do FIP e do único Investidor do FIP com personalidade jurídica própria. Seu estreito limite de alçada e a ausência de prerrogativas de caráter decisório de sua Diretoria confirmam, mais uma vez, seu papel como mero canal de passagem das decisões tomadas.

Portanto, como já descrito e reiterado ao longo do presente TERMO, a BTG PACTUAL YS existiu apenas para acumular o ágio pago na operação e para possibilitar a transferência deste e do passivo decorrente do empréstimo contraído no exterior e das debêntures emitidas, para a GLOBENET, sendo extinta tão logo quanto possível para o estrito cumprimento desses objetivos.

5.3.2 – Da Movimentação Financeira na BTG PACTUAL YS

[...]

O capital aportado pelo FIP na BTG PACTUAL YS foi todo utilizado para honrar compromissos relacionados à aquisição da GLOBENET, e sempre num curto lapso temporal (entre cada aporte e sua respectiva utilização);

A BTG PACTUAL YS não contou com qualquer outra fonte de recurso durante sua curta existência, à exceção daquele obtido por meio de empréstimo estrangeiro e de emissão debêntures, o qual foi integral e imediatamente aplicado no pagamento do valor contratual pactuado com a Oi.

A análise dos aspectos financeiros da operação deixa claro, portanto, que a BTG PACTUAL YS foi apenas canal de passagem para os recursos investidos. Porém, a despeito de sua insubstância, todo o ágio restou nela contabilizado.

Uma vez agregada à estrutura montada para aquisição da GLOBENET, teria a BTG PACTUAL YS assumido as rédeas do processo? Vejamos.

De pronto concluímos que não poderia fazê-lo através de funcionários seus, posto que jamais teve algum (Subseção 5.3.1). Formalmente, os colaboradores da BTG PACTUAL YS resumiam-se aos seus Diretores, sendo que nos seus 22 meses de existência, a empresa jamais pagou qualquer remuneração aos administradores.

[...]

No final das contas, tendo em vista que todas as despesas que a BTG PACTUAL YS incorreu em relação à operação de aquisição da GLOBENET eram financiadas antecipadamente ou reembolsadas pelo FIP, com exceção dos depósitos realizados em 16/06/14 e 17/07/14 pela própria empresa adquirida a título de “mútuo intercompany”, é possível concluir que a BTG PACTUAL YS não arcou com qualquer desses custos. Isso posto, apenas uma conclusão é possível: a real Compradora não foi a BTG PACTUAL YS.

Por todo o exposto, é forçoso concluir que **a BTG PACTUAL YS figura DE FORMA ILEGÍTIMA como Compradora no Contrato de Compra e Venda de Quotas da GLOBENET.**

[...]

5.4 – Da Real Adquirente da Participação Societária com Ágio

Pode-se dizer que, se o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, Fundo de Investimento em Participações administrado pelo GRUPO BTG PACTUAL, houvesse adquirido diretamente a GLOBENET, inviabilizada estaria a fruição da amortização do ágio, já que não se atenderia o requisito legal previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (reproduzidos pelo art. 386 do RIR/99) acerca da extinção dos investimentos por confusão patrimonial.

Entretanto, optou-se por um outro caminho: a interposição de uma empresa veículo (BTG PACTUAL YS), que figurasse como adquirente “formal” da participação societária da empresa GLOBENET para, logo em seguida, incorporar seu acervo pela própria empresa adquirida, visando, assim, “formalmente” as condições legais para a dedutibilidade da amortização do ágio, promovendo a extinção do investimento.

Assim, verifica-se claramente que a engenharia societária realizada (conforme quadros demonstrativos da Seção 3 precedente) seria dispensável se o intuito fosse outro que não o da economia tributária, já que na verdade, a operação que de fato se pretendia era a que resultou na situação atual, qual seja, BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP detém diretamente 99,99% das ações da GLOBENET.

[...]

Diante de todo o exposto, é possível afirmar com clareza que **os reais adquirentes do controle da GLOBENET foram os Investidores, que, optando por se estruturar nos moldes de um Fundo de Investimentos em Participações, o fizeram através do BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, seu canal de ação.**

5.5 – Das Despesas Financeiras Vinculadas ao Empréstimo e às Debêntures

Conforme já comentado, o passivo decorrente do empréstimo contraído no exterior das debêntures emitidas para subsidiar a aquisição da GLOBENET foi transferido quando da incorporação da BTG PACTUAL YS, e as despesas financeiras decorrentes deste passivo reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL declaradas pela GLOBENET ao longo do período fiscalizado.

[...]

A partir de julho de 2014, mês da incorporação, a GLOBENET passou a deduzir, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL por ela apuradas, as despesas financeiras incorridas com juros e outras obrigações vinculadas ao passivo então assumido. Seriam tais despesas financeiras de fato dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da GLOBENET? Vejamos.

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

[...]

A lógica que informa a dedutibilidade de despesas está em que a busca por receitas e lucros requer esforços que se traduzem em dispêndios. Dado que o IRPJ e a CSLL incidem basicamente sobre a diferença entre receitas e despesas, só faz sentido admitir, como parcelas dessa diferença, as despesas que contribuem para o aumento das receitas. No caso em tela, as despesas financeiras vinculadas ao passivo recebido na incorporação em nada contribuem para aumentar as receitas da GLOBENET. Pelo contrário, tais despesas descapitalizam a empresa e tendencialmente inibem ou dificultam novos investimentos capazes de produzir maiores receitas. Assim, operam contra ela, não em seu favor. E isso não é menos que óbvio, pois a quem quer que considere vantajoso assumir dívida alheia, não faltarão candidatos para se ceder-lhes as suas.

[...]

Recordemos que as despesas financeiras vinculadas ao empréstimo assumido e às debêntures emitidas para aquisição da GLOBENET foram lançadas na escrituração contábil da GLOBENET e foi por meio dessa escrituração que a empresa apurou seu lucro líquido contábil. Dessa forma, das despesas mencionadas deprimiram o lucro líquido contábil apurado nos correspondentes períodos de apuração.

Portanto, as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela GLOBENET após a incorporação da BTG PACTUAL YS, as quais compõem as despesas decorrentes do empréstimo e das debêntures emitidas originalmente pela BTG PACTUAL YS, não foram adicionadas ao lucro líquido apurado pelo contribuinte nos correspondentes períodos de apuração, como deveriam em razão dos dispositivos legais acima apontados.

Assim, os valores apurados no presente TERMO devem ser adicionadas às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL declaradas pelo contribuinte nos correspondentes períodos de apuração.

6 – Do Lançamento de Ofício

Diante do exposto, faz-se necessário efetuar o presente lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, decorrente de glosa da exclusão indevida registrada no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) e no Livro de Apuração da Contribuição Social (LACS), referente à amortização de ágio, aproveitada fiscalmente nos anos-calendário de 2016 e 2017, por serem indedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na forma dos artigos 247 e 250, inciso I, do RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26/03/99) e artigo 57 da Lei nº 8.981/95, a saber:

A - Valores não amortizáveis: No referido período, foram lançadas pelo sujeito passivo valores indedutíveis na sua contabilidade e na apuração do Lucro Real e do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL (constante das ECF entregues), no valor de **R\$ 310.688.925,07** o ano de 2016 e **R\$ 310.688.925,07** no ano de 2017. **Conforme DOC I- PLANILHA DE CÁLCULO GLOSAS, parte integrante deste termo.**

Também cabe a esta fiscalização realizar a glosa das despesas financeiras decorrentes dos juros sobre o empréstimo assumido e da remuneração das debêntures emitidas, originalmente pela BTG PACTUAL YS, vinculadas ao passivo transferido para a GLOBENET após a incorporação daquela por esta, as quais também reduziram indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. a saber:

B - Despesas Indedutíveis No ano-calendário de 2016, nos montantes de R\$ 95.783.881,64 (debêntures) e R\$ 50.321.590,24 (despesas empréstimo) e em 2017, nos valores de R\$ 66.928.756,46 (debêntures) e R\$ 47.000.110,57 (despesas empréstimo). Conforme DOC IPLANILHA DE CÁLCULO GLOSAS, parte integrante deste termo

Logo, essas despesas serão tributadas de ofício por esta fiscalização com a constituição do correspondente crédito tributário de IRPJ e CSLL, mediante lavratura de auto de infração, do qual o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante.

Faz-se necessário realizar o lançamento de Multa Isolada de ofício sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, não recolhida, e da multa isolada sobre o valor do pagamento mensal apurado sob base estimada ao longo do ano, não efetuado, relativamente aos anos-calendário 2016 e 2017 como segue descrito no item 8 deste termo, a saber:

C- Multa Isolada -Falta de Recolhimento do IRPJ Sobre Base de Cálculo Estimada e Falta de Recolhimento da CSLL Sobre Base de Cálculo Estimada : conforme descrito no item 08 deste termo e calculadas conforme DOC.02 deste processo.

7 – Da Qualificação da Multa de Ofício

[...]

Observe-se que a esta fiscalização não cabe questionar as decisões gerenciais e nem mesmo desconstituir os atos praticados pelos particulares. Entretanto, embora formalmente válidos, os atos societários empreendidos pelo GRUPO BTG PACTUAL não apresentam propósito comercial e tiveram evidente objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, razão pela qual foram desconsiderados tributariamente.

A ausência de propósito comercial, no presente caso, está intimamente ligada à ocorrência da simulação engendrada. Como já descrito, o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP adquiriu (de fato) as ações da GLOBENET. No entanto, formalmente, utilizou sua controlada BTG PACTUAL YS – empresa de prateleira, adquirida exclusivamente para ser utilizada no planejamento ilícito – para figurar como adquirente “ficta” na transação, utilizando-a como veículo para transportar indevidamente o ágio para dentro da própria empresa adquirida por meio de incorporação. À luz do novo Código Civil, tais atos não

preenchem os requisitos de validade do negócio jurídico. Há “vício” na causa do negócio, que é nulo por ser simulado, como previsto no art.167 do novo Código Civil, de 2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. (grifo nosso)

Vale lembrar os ensinamentos de Orlando Gomes (Introdução do Direito Civil, 1974, p.424): “A lei exige uma justificação para a criação, por um negócio jurídico, de um vínculo digno de proteção. Esta justificação se encontra na relevância social do interesse que se quer tutelar e no fim que se pretende alcançar. É a causa”. Mas, “declarando o que realmente não querem”, as partes “não pretendem o negócio que praticam”. Não pode haver tutela legal sobre negócios simulados e sem causa.

A simulação (como definida pelo art. 167 do novo Código Civil) praticada no planejamento tributário ilícito do GRUPO BTG PACTUAL tem seus efeitos tributários estipulados pelo inciso VII do art. 149 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que assim determina:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

A competência dada ao Fisco pelo art. 149-VII do CTN, “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”, confere à autoridade administrativa a prerrogativa de efetuar o lançamento de ofício, lembrando que o Fisco está vinculado à realidade dos efeitos jurídicos dos negócios realizados pelas partes, mas não à qualificação dada por elas aos seus atos negociais.

A operação engendrada pela fiscalizada, conforme já exposto, é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada, correspondente a 150%..

8 – Da Multa Isolada

[...]

É importante mencionar [...] onde o CARF se posicionou reconhecendo a legalidade da cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, as quais têm natureza totalmente distinta, conforme se verifica na ementa do Acórdão 9101-002.251, de 01/03/2016, a seguir transcrita:

MULTA ISOLADA. LEI Nº 11.488, DE 2007. BASE DE CÁLCULO.

O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, preceitua que a multa isolada deve ser calculada sobre o valor do pagamento mensal apurado sob base estimada ao longo do ano, materialidade que não se confunde com a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. LEI Nº 11.488, DE 2007. CUMULATIVIDADE.

Em face da nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 11.488, de 2007, é cabível a exigência cumulativa da multa de ofício sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, não recolhida, e da multa isolada sobre o valor do pagamento mensal apurado sob base estimada ao longo do ano, não efetuado, relativamente aos anos-calendário a partir de sua vigência.

[...]

9 – Da Compensação de Prejuízos Fiscais

Consultando nos sistemas da SRF os saldos de Prejuízos Fiscais e Base de Cálculo Negativa da CSLL, verifica-se inexistência real de saldo a compensar para o ano-calendário de 2017.

Retroagindo para análise, em relação ao ano-calendário de 2015, a empresa apurou Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL de R\$ 303.366.274,17, 7, valor este que foi compensado nos anos subsequentes, em Parcelamento Especial (Informado em resposta às intimações fls.2419 e 2477). Acrescento que o lançamento fiscal nº 16561.720078/2019-47, retificou o resultado líquido da empresa que passou a ser positivo no referido ano, acrescendo de ofício o lançamento de improcedência da compensação de R\$ 75.651.203,98 realizada em 2016, a qual também foi objeto de glosa no lançamento fiscal nº 16561.720078/2019-47.

*Pelos mesmos motivos, **inexiste saldo negativo para a compensação de R\$ 64.814.807,69, efetuada pelo contribuinte no ano de 2017, a qual será agora objeto de glosa na presente lavratura.*** [...]

DA DECISÃO RECORRIDA

Reproduzindo o breve resumo inicial feito no TVF, onde a fiscalização destaca que “esta análise decorre do procedimento fiscal RPF: 08.1.85.00-2017-00158-6, envolvendo período anterior (de 01/2014 a 12/2015), que culminou com o Auto de Infração nº 16561.720079/2019-47.” No mais segue com a transcrição do TVF, já ora relatoriado.

O referido processo administrativo fiscal de nº 16561.720079/2019-47 já foi objeto de julgamento nesta mesma sessão de julgamento.

A **Impugnação** ora apresentada é idêntica a da anexada naquele processo, de modo que aqui deixo de descrevê-la, em função de que a situação litigiosa é a mesma em ambos os processos, só variando o período de apuração, que aqui tratam-se dos anos calendário de 2016 e 2017, enquanto que naquele o lançamento contemplava os anos de 2014 e 2015 e uma infração de 2016.

No voto da decisão da DRJ, consta transcrição de várias ementas de julgados deste CARF, acerca de situações envolvendo empresas veículos, incorporação e amortização de ágio.

Em seguida, repete várias passagens do TVF e da impugnação, terminando por concluir pelo mesmo racional do voto da DRJ naquele outro processo, com exceção de que aqui a decisão recorrida está mantendo qualificação da multa de ofício, ao passo que lá ela foi afastada por ausência de conduta dolosa e/ou de atos simulados.

Percorrendo o voto da decisão recorrida, encontramos as mesmas posições adotadas sobre as idênticas situações em ambos os processos, sendo que eventuais manifestações diferentes não acarretam em nada a conclusão dada por este Relator no presente voto.

No mais, o voto da decisão recorrida acompanha o voto da DRJ naquele processo, apenas com uma roupagem diferente em algumas situações, mas o racional é o mesmo.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em 15 de fevereiro de 2022 da decisão da DRJ, a Interessada apresentou Recurso Voluntário em 17 de março de 2022, o qual é idêntico ao do processo anteriormente citado e ora julgado nesta mesma sessão de julgamento. Os mesmos itens a seguir enumerados contém o mesmo conteúdo em ambos os processos, então já reproduzido no outro processo, julgado nesta sessão:

I.1 – Breve Resumo da Autuação.

I.2 – Da Efetiva Operação Realizada.

II.1 – Da legitimidade das Operações Realizadas e Posterior Aproveitamento Fiscal do Ágio.

III.1 – Inexistência de “Empresas Veículo” no Presente Caso – Demonstração do Propósito Negocial e da Necessidade da BTG Pactual YS.

II.1.2.1 – Dos Aspectos Societários e Fiscais da Sociedade Holding – Observância das Normas Legais e Regulatórias nas Operações Envolvendo a BTG Pactual YS

II.1.2.2 – Da Essencialidade na Participação da BTG Pactual YS na Concessão de Empréstimos e Operacionalização do Negócio – Ratificação da Necessidade e Propósito Negocial

II.1.3 – Do Preenchimento dos Requisitos para Aproveitamento do Ágio – BTG Pactual YS como Real Adquirente e Efetivo Encontro Entre os Patrimônios das Sociedades Investidora e Investida

- Ausência de Registro de Ágio pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP – Mero Reconhecimento Contábil do Investimento na Recorrente – Ausência de Duplo Aproveitamento

- Ausência de Registro de Ágio pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP – Mero Reconhecimento Contábil do Investimento na Recorrente – Ausência de Duplo Aproveitamento

II.1.4 - Opção Legal e Impossibilidade de Ingerência do Fisco na Atividade do Contribuinte

II.1.5 – Impossibilidade de Desconsideração Pela Fiscalização dos Negócios Jurídicos Praticados - Artigo 116 do CTN

II.1.6 – Ad Argumentandum - Da Validade da “Empresa Veículo” e da Jurisprudência do CARF

II.1.7 - Validade do Laudo De Avaliação Apresentado – Preenchimento das Formalidades Exigidas pela Legislação de Regência à Época dos Fatos

II.2 - DESPESAS FINANCEIRAS – EMPRÉSTIMO

II.2.1 – Do Reconhecimento das Despesas Financeiras pela Recorrente e Possibilidade de sua Dedução

II.2.2. - Da Existência de Previsão Legal Expressa Autorizando a Dedução de Despesas com Juros

II.2.3. - Efeitos da Incorporação da BTG Pactual YS pela Globenet (Recorrente)

II.2.4 – Ad Argumentandum - Da Necessidade da Despesa à Recorrente - Aplicação do Artigo 299 do RIR/99

II.2.5 – Neutralidade das Despesas de Juros Frente à Figura do JCP

II.3 - Impossibilidade de Adição à Base de Cálculo da CSLL das Despesas Supostamente Não Dedutíveis da Base de Cálculo do IRPJ

II.4 – Glosa Indevida de Prejuízo Fiscal e da Base de Cálculo Negativa da CSLL

II.5 – Impossibilidade De Exigência Da Multa Qualificada

II.5.2 – Ad Argumentandum - Da Vedação ao Confisco

II.6 – Da Impossibilidade da Cobrança da Multa Isolada em Razão da Falta de Recolhimento do IRPJ e da CSLL por Estimativa

II.7 – Da Impossibilidade de Exigência das Multas em caso de Dúvida

Em seguida, consta as contrarrazões da PGFN.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário, dele se conhece.

Conforme relatoriado, a autuação do presente processo é idêntica a do processo **16561.720078/2019-47**, apenas com alteração dos fatos geradores, enquanto que neste as infrações referem-se aos anos de 2016 e 2017, aquele diz respeito aos anos de 2014 e 2015.

Assim, reproduzo o voto considerado naquele processo e que é válido aqui como razão de decidir, devendo-se ignorar certas passagens daquele voto que não são aplicáveis ao presente processo, como, por exemplo, recurso de ofício, os fatos geradores, além de relevar as numerações das folhas e/ou dos itens do Termo de Verificação Fiscal (TVF).

A seguir o voto:

Da aquisição da GLOBENET Cabos Submarinos S.A., cuja acionista majoritária era a OI S/A.

Conforme já relatoriado, feita a descrição das atividades desta empresa (item 2.1 do TVF), bem como a venda de suas quotas para a empresa BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S.A (doravante **BTG Pactual YS**), empresa constituída em 21 de setembro de 2012, sob outra denominação, então adquirida pelo **BTG Pactual Infraestrutura II – Fundo de Investimentos e Participações** (doravante **BTG Pactual II - FIP**), daí a alteração de sua razão social, fundo este constituído em 24/10/2011, mas suas atividades iniciaram em 22/03/2013, com a seguinte formação societária, e subscrição das cotas em 07/03/2013:

INVESTIDOR	CNPJ	Quantidade de Cotas Subscritas	Valor Total de Integralização	Participação
BTG PACTUAL BRAZIL INFRASTRUCTURE FUND II A FEEDER LLC	15.737.716/0001-43	107.183.966,79	R\$ 107.183.966,79	25,56%
BTG PACTUAL BRAZIL INFRASTRUCTURE FUND II B FEEDER LLC	15.737.717/0001-98	121.348.605,46	R\$ 121.348.605,46	28,94%
BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIC FIP	14.584.094/0001-06	117.827.863,70	R\$ 117.827.863,70	28,10%
BANCO BTG PACTUAL S/A	30.306.294/0001-45	73.014.201,37	R\$ 73.014.201,37	17,41%
TOTAL		419.374.637,32	R\$ 419.374.637,32	100,00%

Observa a autoridade lançadora:

Observa-se que 100% da composição do fundo provém de entidades pertencentes ao “Grupo BTG Pactual”, sendo que, das 4 (quatro) investidoras, 2 (duas) são estrangeiras: “BTG Pactual Brazil Infrastructure Fund II A

Feeder LLC” (aqui tratada como “LLC A”) e “BTG Pactual Brazil Infrastructure Fund II B Feeder LLC” (aqui tratada como “LLC B”), fundos localizados no estado de Delaware, nos Estados Unidos. “LLC A” é gerida pela empresa Santander Securities DTVM S/A e, “LLC B”, pelo Citibank DTVM S/A, ambas empresas brasileiras.

Em **12 de julho de 2013**, foi celebrado o Contrato de Compra e Venda das quotas entre a OI S/A. (proprietária da GLOBENET) e o Banco BTG YS (fls.553 a 631), tendo o comprador reconhecido o recebimento da totalidade das quotas da GLOBENET em sua contabilidade no valor de **R\$ 1.775.690.800,00** em 20/12/2013, com registro contábil de **ágio de R\$ 1.548.601.690,24**.

Deixa-se aqui bem claro que, apesar de algumas reflexões no TVF sobre eventuais diferenças deste valor do ágio, não há, por parte da autoridade fiscal, nenhuma restrição absoluta que pudesse provocar arranhões em sua legitimidade. Isto porque, é incontestável que a aquisição anunciada deu-se entre partes não dependentes, houve sacrifício econômico de ativos, por meio de aportes de capital de sua controladora **BTG Pactual II – FIP**, aliado, conforme relatoriado, a outros recursos de terceiros.

O que se contesta aqui é a amortização **fiscal** deste ágio em virtude da incorporação entre a GLOBENET e BTG Pactual YS, no caso, uma incorporação **reversa**, em que a investida incorporou a investidora.

Conforme relatoriado, a BTG Pactual YS não detinha recursos para a aquisição da empresa GLOBENET (controlada pela OI S.A.), de forma que os necessários recursos para a aquisição foram obtidos por meio de financiamento (crédito de terceiros), recursos próprios (recursos da Controladora do comprador) e emissão de debêntures (item 4.1 do TVF):

Origem dos Recursos Utilizados para Aquisição (R\$)	
1) Empréstimo Sindicalizado Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation	858.709.200,00
2) Emissão de Debêntures	626.621.883,17
3) Capital Próprio	339.259.642,11

A seguir, algumas informações sobre os recursos obtidos, conforme o **TVF**:

4.1.1 – Do Empréstimo no Exterior

*Em 02/04/2019, em resposta ao Termo de Intimação nº 09, a fiscalizada apresentou contrato referente ao empréstimo contraído no exterior junto ao Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation (fls. 1201 a 1300) no valor de US\$ 366.000.000,00, valor este que, convertido à taxa cambial de 2,3462 corresponde aos **R\$ 858.709.200,00** depositados na conta corrente da BTG PACTUAL YS em 17/01/2014, conforme consignado no contrato de câmbio de 16/01/2014 que foi apresentado na mesma ocasião (fls. 1301 a 1304). Em 13/05/2019, a fiscalizada apresenta tradução do contrato de empréstimo (fls. 1392 a 1538).*

A devolução do montante captado por meio do empréstimo dar-se-á por amortização em 20 (vinte) parcelas semestrais e consecutivas a partir de

17/07/2014 até 16/01/2024, ou seja, num prazo total de 10 (dez) anos, conforme percentuais previstos na tabela do item 2.05 do Contrato.[...]

4.1.2 – Das Debêntures

[...]

A fiscalizada foi também intimada a apresentar relação de debenturistas e informar a quantidade de debêntures emitidas e o valor investido por cada investidor. Foi apresentada, em 22/04/2019, mensagem eletrônica (fl. 1382) remetida pelo agente fiduciário das debêntures (Planner Trustee DTVM Ltda.), por meio da qual é possível identificar a origem da captação dos recursos conforme tabela abaixo:

DEBENTURISTA	CNPJ	Quantidade	Valor Investido	Percentual
Banco Santander (Brasil) S/A	90.400.888/0001-42	1.090	R\$ 255.823.000,00	40,0735%
Banco Bradesco Berj S/A	33.147.315/0001-15	1.630	R\$ 382.561.000,00	59,9265%
		2.720	R\$ 638.384.000,00	100,00%

A devolução do montante captado por meio das debêntures dar-se-á por amortização em 20 (vinte) parcelas semestrais e consecutivas a partir de 17/07/2014 até 16/01/2024, ou seja, num prazo total de 10 (dez) anos, conforme percentuais previstos na tabela do item 4.2.1 da Escritura.

4.1.3 – Do “Capital próprio”

[...]

Compulsando os registros contábeis da empresa (ECD), verificamos que, na realidade, tais recursos foram fornecidos pela controladora BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP por meio de integralização de capital. O aporte de R\$ 339.200.000,00 consta nos registros contábeis relativos à mencionada conta corrente (conta contábil 1123000208 – BANCO BTG PACTUAL S.A.), na mesma data de 17/01/2014 (fls. 1385 e 2256).

[...]

E aqui, nota-se uma manifestação fiscal inibidora da operação, conforme TVF (grifo do original):

Assim, considerando que R\$ 858.709.200,00 tiveram origem em empréstimo no exterior, R\$ 626.621.883,17, em captação por meio de debêntures, e R\$ 339.259.642,11 em integralização feita pela controladora BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, constata-se que nenhum valor da própria BTG PACTUAL YS foi empregado na aquisição da GLOBENET, ou seja, o capital empregado na operação não adveio de atividade própria da BTG PACTUAL YS, que, em realidade, nada produziu em seus breves dois anos de existência.

Então, provido dos recursos necessários, apesar de celebrado o Contrato de Compra e Venda de Quotas e de Outras Avenças entre OI S.A. e BTG Pactual YS, antes da obtenção dos mesmos, o BTG Pactual YS (COMPRADORA) parte para a aquisição da GLOBENET, registrando um **ágio**, com fundamento na rentabilidade futura da adquirida, da importância de **R\$ 1.548.601.690,24** em sua contabilidade, em 20/12/2013. Ato contínuo, em 17/01/2014, recebe o montante de R\$ 1.824.590,28 e, na mesma data, o repassa à OI S.A.

(VENDEDORA), controladora da GLOBENET (Recorrente), procedimento acordado nos termos da cláusula 6.4 do referido Contrato:

6.4. Financiamento. A Compradora terá, na Data de Fechamento e na data de Fechamento da BrT Venezuela, se aplicável, caixa, linhas de crédito disponíveis e outras fontes de fundos imediatamente disponíveis suficientes para possibilitar que ela pague integralmente o Preço de Compra ou a parte do Preço de Compra a ser pago na Data de Fechamento em virtude da aplicabilidade das disposições previstas na Cláusula 3.1.1 acima. A BTG FIP reconhece, neste ato, que a Compradora terá capacidade financeira para cumprir oportunamente seus compromissos financeiros, conforme previsto nesta Cláusula 6.4, ficando ressalvado, entretanto, que esse reconhecimento não deverá ser interpretado em circunstância alguma como uma obrigação conjunta e/ou compromisso de pagamento de qualquer natureza sobre a BTG FIP.

Dados do Contrato:

Valor nominal das quotas da vendedora: R\$ 272.443.967,00

Preço de Compra: US\$ 770.000.000,00

E aqui outra manifestação fiscal da operação, conforme **TVF** (grifo do original):

*Para validar a classificação do ÁGIO lançada na contabilidade da BTG PACTUAL YS como expectativa de rentabilidade futura, foi apresentado Relatório de Avaliação Econômico-Financeira (fls. 497 a 532) emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., o qual, utilizando-se do Método da Lucratividade (Income Approach), baseado na metodologia do Fluxo de Caixa Futuro Descontado a Valor Presente, teve como resultado da avaliação, o valor econômico da totalidade das quotas da GLOBENET em **US\$ 773 milhões** (setecentos e setenta e três milhões de dólares), valor bem próximo àquele utilizado pela empresa para registro do ágio.*

No entanto, embora a data-base da avaliação seja 30 de novembro de 2013, o relatório elaborado pela Deloitte é de 20 de maio de 2015, ou seja, 17 meses após o registro do ágio na contabilidade da BTG PACTUAL YS, que ocorreu em dezembro de 2013, o que denota, pela cronologia dos fatos, que o laudo de avaliação foi elaborado apenas para corroborar a valoração das quotas da GLOBENET que já havia sido realizada pelo GRUPO BTG PACTUAL à época da negociação com a OI, e assim pretensamente validar a fundamentação do ágio em rentabilidade futura. Afinal, o contrato de compra e venda celebrado com a OI é de 12/07/2013, e nele já constava o valor de US\$ 770 milhões a ser pago na transação (item 3.1. Preço de Compra).

Da incorporação da BTG Pactual YS pela GLOBENET

Item 4.3 do **TVF** (grifos do original):

Em 28/07/2014, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada na mesma data nas duas empresas, a fiscalizada, GLOBENET, incorpora sua controladora BTG PACTUAL YS, absorvendo em seu Balanço Patrimonial o ÁGIO oriundo da aquisição de suas próprias ações, bem como o PASSIVO oriundo do empréstimo contraído no exterior e das debêntures emitidas, passivo este que subsidiou sua aquisição, e então passa a ser suportado pela própria empresa adquirida.

Em seguida, faz algumas considerações acerca de eventuais diferenças entre o valor do ágio, com intimações à Interessada e análise de respostas, mas sem maiores consequências. Quanto à questão do laudo, não contribuiu para a conclusão fiscal de amortização indevida do ágio, e nem poderia ser diferente pois a extemporaneidade de sua emissão não tem sérias repercussões no debate dos autos, tanto é assim que a autoridade lançadora não dispensa maiores digressões sobre tal situação.

Prosseguindo, Item 4.4 do TVF:

4.4 – Da Amortização do Ágio

A partir de julho de 2014, a fiscalizada passou a amortizar fiscalmente o valor total do ágio, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, à razão de um sessenta avos por mês, correspondente ao valor mensal de R\$ 25.890.743,76, no decorrer de seis anos (de julho de 2014 a junho de 2019), totalizando R\$ 155.344.462,53 em 2014, R\$ 310.688.925,07 anuais de 2015 a 2018, e R\$ 155.344.462,53 em 2019, resultando em R\$ 1.553.444.625,34 ao final do período, conforme informado no “Demonstrativo de Amortização do Ágio Fiscal” (fl. 1188) apresentado em 18/12/2018, em resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, cujos valores são resumidos no quadro abaixo:

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Janeiro	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Fevereiro	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Março	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Abril	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Mai	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Junho	-	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76
Julho	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Agosto	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Setembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Outubro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Novembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
Dezembro	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	R\$ 25.890.743,76	-
TOTAL	R\$ 155.344.462,53	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 310.688.925,07	R\$ 155.344.462,53
TOTAL = R\$ 1.553.444.625,34						

Da análise deste Relator

Após uma longa digressão acerca da natureza do ágio e sua previsibilidade legal de amortização fiscal (alienação do investimento adquirido e/ou incorporação, cisão ou fusão entre as sociedades envolvidas), com citações e transcrições dos textos legais pertinentes ao tema, a autoridade fiscal manifesta-se acerca de determinadas situações que, no seu racional, seriam reveladoras de transgressões à legislação que rege o assunto em debate.

Inicialmente, dedica-se a demonstrar a ausência de “confusão patrimonial” entre as empresas envolvidas, pois a GLOBENET permaneceu intacta com a incorporação da BTG Pactual YS, permanecendo existente a controladora, a BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, a qual seria a “real adquirente” da participação societária.

Nas palavras da autoridade fiscal (destaques do original):

Vale lembrar que, no caso em apreço, ao final da relatada sequência de eventos societários, a situação organizacional era exatamente igual àquela que se apresentava inicialmente. **Não se verificou a requerida unificação patrimonial**: GLOBENET continuou existindo e registrada como investimento de sua investidora. BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, real adquirente da participação societária, obviamente também não deixou de existir. Apenas se projetou em sua controlada BTG PACTUAL YS o ágio pago na aquisição da GLOBENET para, em seguida, transferi-lo para a própria GLOBENET por meio de incorporação.

Houve, na realidade, apenas uma torpe tentativa de se ajustar à letra da lei, sem que restassem atendidos os requisitos intrínsecos do permissivo legal, o qual condiciona a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio à extinção **por incorporação, fusão ou cisão da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio** (ou vice-versa).

BTG PACTUAL YS, repise-se, não contribuiu com um centavo sequer para a formação do ágio projetado na GLOBENET, uma vez que, (1) o montante pago com “capital próprio” foi integralmente suportado por sua controladora, BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP, (2) os montantes pagos por meio de captação de debêntures e contração de empréstimo no exterior foram (e continuam sendo) suportados pela própria adquirida GLOBENET, e (3) as despesas iniciais com as debêntures e com o empréstimo, incorridas nos meses que antecederam a incorporação (janeiro a julho de 2014, fl. 1386), foram pagas pela BTG PACTUAL YS, mas com capital também oriundo de integralização de sua controladora (FIP), uma vez que aquela empresa não possuía qualquer atividade produtiva.

[...]

Bastaria, pois, **a qualquer momento**, formatar operações de aumento de capital em qualquer empresa de prateleira” (ou a injeção de capital por meio de contratação de empréstimo ou emissão de debêntures), mediante conferência do investimento adquirido com ágio, seguido de incorporação dessa “carcaça jurídica” pela empresa investida, para assim projetar esse ágio pago pela investidora para dentro da própria empresa investida que deu causa ao seu surgimento, o qual passaria a ser amortizado, **não na investidora, mas na investida**, sob a pretensa ocorrência da hipótese prevista no art. 386, inciso III, do RIR/99 (regra subsidiária), **para assim se esquivar facilmente da vedação ao aproveitamento fiscal do ágio ora referido** (regra geral).

[...]

Portanto, o direito à dedutibilidade da amortização do ágio, nos termos da Lei nº 9.532/97, não pode ser simplesmente transferido de uma sociedade a outra. A mera projeção do ágio da investidora original para ser amortizada numa outra sociedade qualquer, sem que ocorra a necessária confusão patrimonial, além de não atender a nenhuma das regras de dedutibilidade, geram lançamentos contábeis que conflitam com os princípios contábeis da Entidade e do Confronto das Despesas com as Receitas, o que só vem a reafirmar a inadmissibilidade do aproveitamento fiscal desses encargos de amortização.

Este raciocínio é corroborado por um outro sentimento da autoridade fiscal, qual seja, de que a empresa **BTG Pactual YS** seria uma empresa **veículo**, e que com a sua extinção

(por incorporação pela investida), o controlador **BTG Pactual Infraestrutura II FIP**, então o **real adquirente**, tornou-se o titular direto da participação societária, estratégia utilizada desde o início com este objetivo.

Bem, a celeuma, em seu significado jurídico, inicial concentra-se na empresa **BTG Pactual YS**, de forma que a partir daí passo a analisar o caso na sua plenitude.

Conforme relatoriado, trata-se de uma empresa constituída sob a forma de uma **holding**, sendo o objeto típico destas sociedades a participação em outras sociedades, mas segundo a autoridade fiscal, tratar-se-ia apenas de uma empresa de “**prateleira**”, ou seja, na sua essência seria uma empresa “**veículo**”, e baseia tal conclusão com assertivas do tipo (em suas palavras):

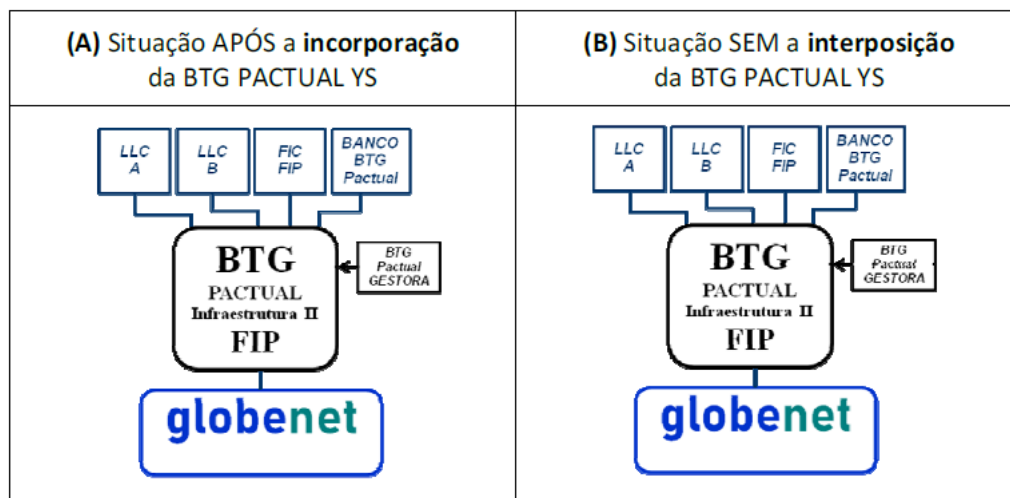
- que sua principal função foi a de servir como canal de passagem ou “conta-caixa” para os recursos que viriam a ser utilizados na aquisição da GLOBENET;

- constata-se que nenhum valor da própria BTG PACTUAL YS foi empregado na aquisição da GLOBENET, ou seja, o capital empregado na operação não adveio de atividade própria da BTG PACTUAL YS, que, em realidade, nada produziu em seus breves dois anos de existência;

- que o GRUPO BTG PACTUAL deliberadamente optou por DEFINIR a empresa BTG PACTUAL YS como a empresa adquirente, tratando-se, portanto, de OPÇÃO ESTRATÉGICA da empresa. Esta estratégia, como aqui demonstrado, objetivou exclusivamente a obtenção de economia tributária;

- ressaltamos que, com a extinção da BTG PACTUAL YS, o BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP tornou-se titular direto da participação na GLOBENET (situação (A) do quadro abaixo;

- esta exata configuração teria ocorrido caso o FIP tivesse adquirido diretamente as quotas da GLOBENET, sem a interposição da BTG PACTUAL YS (situação (B) do quadro abaixo);



Primeiramente, não há nada de ilegal ou estranho na constituição de empresas holdings, uma vez que o objeto social destas empresas é justamente a participação em outras sociedades, previsto em nosso ordenamento jurídico, de conformidade com o disposto no art.2º, §3º, da Lei nº 6.404/76

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

[...]

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

Uma pessoa jurídica assim constituída não terá nenhuma atividade empresarial específica, nos termos do art.966 do Código Civil, ou seja, uma empresa assim não será titular ou não irá desenvolver em outra empresa uma *atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*.

Daí, vejo como natural se utilizar de funcionários graduados pertencentes a outras empresas do Grupo BTG PACTUAL, inclusive a pertinente remuneração ser suportada pelo Grupo.

Assim, é próprio destas empresas (holding) a aquisição de participação societária em outras empresas, seja com recurso próprios ou com recursos de outras empresas e/ou de instituições financeiras, de forma que não há nada de surpreendente na constituição da holding BTG Pactual YS e nem na obtenção dos recursos necessários para adquirir a participação societária da empresa GLOBENET.

Aliás, durante o procedimento fiscal isto já tinha sido destacado pela Recorrente, quando indagada acerca do envolvimento da holding nesta aquisição (da GLOBENET), tendo respondido, na ocasião, que era para viabilizar o investimento do GRUPO no setor onde atuava a investida, no caso, a Recorrente e que, *a BTG Pactual YS seria a holding que figuraria como sua adquirente, empregando os meios e recursos para tanto*, (reproduzido do TVF). E, também:

Entre outros fatores, a aquisição da Fiscalizada pela BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A se deu pela impossibilidade de o BTG Pactual Infraestrutura II FIP contrair dívidas, por vedação regulatória (Instrução CVM nº 391/2003, vigente à época dos fatos).

Conforme relatoriado, a **BTG Pactual YS** teria sido utilizada nos termos em que se projetava todo o racional da operação desenvolvida, conectada com o grupo BTG e com sua controladora **BTG Pactual II FIP**, a qual estava impedida de contrair dívidas, daí a opção em captar recursos de terceiros, pois se possibilitaria a alavancagem financeira (compra alavancada), instrumento técnico que permite evitar descapitalização ao não comprometer grande parte do patrimônio de empresa que dele se utilize, uma vez que a pretensão é eliminar a dívida assumida na aquisição da sociedade investida com seu próprio fluxo de receitas.

Em regra, a técnica da **compra alavancada** tem a ver quando parte do preço de aquisição de participação societária (entenda controle societário) será objeto de pagamento a prazo, quando então, ambas as partes, comprador e vendedor, acordam que esta parte será objeto

de quitação com os próprios recursos da sociedade investida (seu fluxo de caixa/receitas), acautelados com a devidas garantias bancárias em caso de não adimplemento por parte do comprador.

Aqui no caso, percebo que a aquisição da GLOBENET foi liquidada à vista, voltando-se, então agora, os recursos gerados pela própria investida para pagamento da dívida com o empréstimo bancário do exterior e as despesas com as debêntures.

Notório que o BTG Pactual II – FIP não poderia, por vedação legal, ser devedora na operação de aquisição do investimento.

A autoridade fiscal reconhece a existência de tal vedação, mas descartou tal impossibilidade, pois segundo seu entendimento, tudo não passou de uma tentativa de *burlar* vedação imposta pela lei. Em suas palavras:

No tocante à justificativa (2) apresentada a esta fiscalização, de que a violação legal para o FIP contrair dívidas teria tornado necessária a utilização da BTG PACTUAL YS na operação, tal assertiva não comprova o cumprimento da lei, mas detona exatamente o contrário, que o Grupo BTG Pactual interpôs uma empresa veículo (BTG PACTUAL YS) justamente para burlar a vedação imposta pela lei, tornando viável a contração de empréstimo que o FIP “oficialmente” não poderia fazer.

A despeito de o empréstimo ter sido formalmente contratado pela BTG PACTUAL YS, na essência, ele de fato foi tomado pelo FIP. Com isso, foi **violada** a restrição imposta pela Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, que regula os Fundos de Investimento em Participações, apontada pelo próprio contribuinte. Segundo o inciso II do artigo 35 da referida Instrução, é vedado a esse tipo de Fundo contrair empréstimo:

Art. 35. É vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo:

(...)

II – **contrair** ou efetuar **empréstimos**, salvo nas modalidades estabelecidas pela CVM;

(...) (g.n.)

Conforme relatoriado, o empréstimo obtido no exterior (assim como as debêntures), fazem parte do rol de recursos aportados na BTG Pactual YS para a aquisição da GLOBENET e aqui, exatamente no ponto, creio, encontra-se o devido **propósito comercial** para a utilização da holding BTG Pactual YS, que é quem figura no Contrato de Crédito, fls.1.392 a 1.538 e a BTG PACTUAL II FIP é ali mencionada como a controladora do tomador do empréstimo.

Afastada esta pretensa violação a que alude a autoridade fiscal, entendo que aqui repousa a legitimidade da decisão empresarial e do propósito em adquirir a GLOBENET, uma vez que utilizou-se, em grande parte (**80%**), de recursos de terceiros na aquisição da GLOBENET.

Diferentemente seria se estivéssemos diante de uma holding constituída com utilização de recursos predominantemente próprios, tais como empréstimos/mútuos e/ou por aportes de capital com empresas ligadas, para fins de aquisição da GLOBENET, cujas consequências não poderiam apresentar os mesmos resultados que ora se mostraram nos autos deste processo.

Reproduzo novamente as origens dos recursos utilizados na aquisição:

Origem dos Recursos Utilizados para Aquisição (R\$)	
1) Empréstimo Sindicalizado Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation	858.709.200,00
2) Emissão de Debêntures	626.621.883,17
3) Capital Próprio	339.259.642,11

Cerca de aproximadamente 19,00% foi de aporte de capital de sua controladora, a BTG PACTUAL II FIP, e o restante de créditos de terceiros, e esta postura empresarial de endividamento pode-se dever à fatores outros, dentro de um contexto operacional mais amplo, como já salientado durante a ação fiscal e no recurso voluntário.

De forma que não cabe aqui ficar perquirindo se tal conduta (legítima) foi adequada ou não, ou, como afirmou a autoridade fiscal, que haveria outras alternativas (sem custo), ultrapassando, ao meu sentir, a tênue linha que delimita a livre iniciativa empresarial, invadindo o espaço próprio das decisões gerenciais, com assertivas do tipo:

1000 100000

Observemos que a impossibilidade de contratação de empréstimo pelo FIP não faz com que a BTG PACTUAL YS seja automaticamente a única alternativa possível. Se os Investidores não tinham intenção de despendar o montante total necessário para realizar a aquisição da GLOBENET, poderiam perfeitamente tê-lo realizado por meio de outras empresas do Grupo que tivessem condições financeiras de honrá-lo, ao invés de utilizar uma *holding*, não operacional, cujo patrimônio evidentemente era totalmente incompatível com o montante do empréstimo que se estava contraindo.

Vale observar que um dos quatro Investidores do FIP é o BANCO BTG PACTUAL S/A, empresa que possuía à época da operação, em 2013, Patrimônio Líquido de R\$ 12,1 bilhões e Lucro Líquido de R\$ 2,7 bilhões naquele ano (conforme Demonstrações Financeiras Consolidadas, às fls. 2428/2429, pg. 4/5), a qual não apenas poderia figurar como titular do empréstimo como também tinha perfeitas condições de arcar com a própria aquisição.

Tipo de argumento **subjetivo** sem qualquer conteúdo que pudesse, minimamente, justificar a alternativa sugerida, até porque o evento posterior permitiria o pagamento dos créditos de terceiros com fluxo de caixa da própria empresa adquirida. Disso já se comentou.

Pelas razões já expostas, entendo, portanto, que não se trata aqui de utilização de empresa **veículo**, e nem de que a empresa Banco BTG Pactual YS não seria a **real adquirente** da Recorrente, nos moldes em que sustentado pelo órgão fiscal.

Claro que poder-se-ia o BTG Pactual II FIP adquirir as quotas da GLOBENET, mas para isto necessitaria de desembolsar pouco mais de R\$ 1.800 milhões de recursos próprios, de um fundo recém criado, situação que poderia trazer eventuais impactos consideráveis em seu patrimônio, além da trajetória incerta que acomete quase todo negócio econômico, daí, com frequência, **aparecer** nestas aquisições a figura de **ágio** que, na ausência de melhor denominação, surge fundamentado em **expectativa de resultado futuro** da investida, que nem sempre pode vir a se concretizar.

Continuando na hipótese de o adquirente ser o **BTG Pactual II FIP**, o **ágio** permaneceria registrado na GLOBENET e sofreria **teste de impairment** (redução ao valor recuperável de ativos) anualmente ou, quando necessário, em período de tempo menor e, tudo

vai depender se a tal **expectativa de resultado futuro** funcionar regularmente, afinal a tarefa de se estimar fluxos de caixa futuros não deve ser nada fácil.

E, ainda, caso hajam (**ou não**) desvalorizações de ativos, ou outra situação negativa na investida que possam causar expressivas fissuras em unidades geradoras de caixa, o ágio por rentabilidade futura sempre estará sujeito ao teste de recuperabilidade e caso haja redução, a perda é reconhecida, sem saída de caixa, é verdade, mas não se deve olvidar que teria sido dispendido uma soma considerável de recursos **próprios**. O risco encontra-se presente em ambas as opções.

Enfim, alternativas a este cenário existem e no recurso voluntário explicou-se a opção adotada na aquisição da investida, qual seja, a opção de financiar cerca de 80% do preço de aquisição da GLOBENET, com créditos de terceiros, que esperam ver quitados com o fluxo de caixa da própria investida (a compra alavancada).

Da incorporação da holding, empresa Banco BTG Pactual YS pela GLOBENET

Conforme demonstrado, os negócios jurídicos mostraram-se legítimos, o ágio surgido entre partes não dependentes, com as operações conectadas dentro de um contexto mais amplo, perseguindo-se objetivos planejados dentro do racional de um Grupo econômico, cujas operações desenvolvidas se fizeram dentro de um cenário jurídico compatível com a legislação tributária, tudo no âmbito legal e da necessária liberdade que sói acontecer nas decisões empresariais, desde que, por óbvio, não se vislumbre nenhuma conduta de má fé.

Entendo, portanto, como legítimo o aproveitamento **fiscal** do ágio, conforme já demonstrado nos autos, em sincronia com a legislação pertinente:

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

*Art. 386. A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual **detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

E aqui houve a junção do sacrifício econômico do ativo com o patrimônio representado pelo fluxo gerador de receitas da investida, incorporação revestida, portanto, dos requisitos permissíveis à utilização da amortização dedutível do ágio pago.

Destaque-se, ainda, que a assertiva fiscal de existência de **real adquirente** (mais um indevido rótulo criado) em aquisição de empresas, não encontra espaço na legislação (supra),

e com muito acerto por parte do legislador, pois são inúmeras as situações, inclusive com utilização de empresa rotulada de empresa **veículo** (outro rótulo, pecha de irregular), inteiramente legais como no caso ora visto, assim como são também inúmeras as situações apresentadas com requintes de **simulação**.

Assim, constatado que no caso ora visto nos autos, não se vislumbra nenhum indício de **simulação** nas operações realizadas no âmbito de seu contexto negocial, entendendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação.

Neste sentido, em recente julgamento deste Colegiado, mas de outra turma ordinária, o acórdão de nº 1201-006.260, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, do qual reproduzo a seguir sua ementa e excertos de seu voto.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO.

A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Neste acórdão, o voto do Relator foi no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, mas apenas o fizera pela natureza de órgão colegiado:

[...]

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagema doloso.

Adiante, no capítulo “Da multa de ofício”, será exposta a conclusão deste Relator pela ausência de dolo. De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

**UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE.
MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.**

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA
DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

**LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA
TESE DO REAL ADQUIRENTE.**

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

[...]

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a descon sideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

A situação espelhada no Acórdão 1201-006.260 da 1ª Turma Ordinária, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, é bastante semelhante ao do processo ora em julgamento, com a diferença de que, no caso daquela Turma, a maior parte dos recursos para a aquisição da investida no Brasil foi captada via FPE no exterior (aproximadamente 72%), os quais foram integralizados em quotas de FIP no Brasil, posteriormente integralizados em quotas de empresa de participações (holding), também no Brasil.

Destaco, ainda, no citado **Acórdão nº 9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma**, onde só constou no voto daquela Turma a reprodução das ementas, que tratou-se de apreciação de **Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte**:

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso

Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Conclusão

Neste item da autuação, o voto é por dar provimento ao recurso voluntário.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS

As próximas infrações referem-se à glosa de despesas com juros pertinentes ao empréstimo bancário obtido no exterior e as debêntures, conforme detalhado no item 5.5 – Das Despesas Financeiras Vinculadas ao Empréstimo e às Debêntures, do qual a autoridade fiscal faz uma extenuante digressão sobre seu racional cerca da indedutibilidade das despesas financeiras.

Reproduzo apenas alguns excertos de suas ponderações:

Conforme já comentado, o passivo decorrente do empréstimo contraído no exterior e das debêntures emitidas para subsidiar a aquisição da GLOBENET foi transferido quando da incorporação da BTG PACTUAL YS, e as despesas financeiras decorrentes deste passivo reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL declaradas pela GLOBENET ao longo do período fiscalizado.

[...]

Esses exemplos foram trazidos para deixar claro que as despesas financeiras decorrentes das debêntures e do empréstimo transferidos para a GLOBENET não são intrinsecamente dedutíveis ou indedutíveis. Não tem serventia debater se elas eram ou não dedutíveis para a BTG PACTUAL YS ou para os Investidores, posto que sendo aí dedutíveis ou não, tal classificação não as acompanharia, à guisa de atributo inerente, quando de sua transferência via incorporação.

[...]

Em conclusão, as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela GLOBENET após a incorporação da BTG PACTUAL YS operam exclusivamente em favor dos Investidores, não da GLOBENET, não sendo necessárias para a GLOBENET. Assim, não configuram despesas dedutíveis para a GLOBENET, nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e 299 do RIR/99.

[...]

No recurso voluntário, as mesmas alegações trazidas na Impugnação e já relatoriadas.

Primeiramente, como já posicionado, supra, neste Voto, a **BTG PACTUAL YS** foi a adquirente das ações da Recorrente, o que já afasta uma das motivações da glosa das despesas dos juros.

Quanto à questão das despesas de juros apresentarem-se desprovidas, segundo entendimento das autoridades fiscal e julgadora, dos requisitos legais de dedutibilidade, em face de que não se tratariam de despesas da própria Recorrente, não se tem muito a dizer, uma vez que estas despesas eram dedutíveis na BTG PACTUAL YS, ou seja, havia o **direito** à sua dedução na apuração do lucro líquido, isto é inquestionável pois tais despesas financeiras eram inerentes ao seu objeto social, qual seja, a aquisição de participações societárias, então adquiridas com reforço de recurso de terceiros (empréstimo bancário e debentures).

Quando da sua incorporação, a incorporadora GLOBENET assume todos os direitos e obrigações da sociedade absorvida, a BTG Pactual YS, isto está na Lei das S.A.:

Lei nº 6.404 de 1976

Art.227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

É o que basta, no ponto, para dar provimento ao recurso voluntário para restabelecer as despesas glosadas.

DEMAIS INFRAÇÕES

[...].

Quanto ao **item 8 – Da Multa Isolada**, fica exonerada também, pois acompanha o destino dado neste voto ao lançamento de ofício do IRPJ, assim como também prejudicado o **item 9 – Da Compensação de Prejuízos Fiscais**.

Conclusão Geral

É o voto, dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano