



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720078/2019-47
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-006.922 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2024
Recorrentes GLOBENET CABOS SUBMARINOS S.A
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado perante este Colegiado, em face do Acórdão de nº 09-75.211 proferido pela 2ª Turma da DRJ/FFA que julgou procedentes em parte os lançamentos de IRPJ e CSLL, decorrentes de suposta exclusão indevida, sobre as bases de cálculo desses tributos, de valores referentes a amortizações de ágio pago, porém consideradas Indedutíveis, 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 compensações indevidas de prejuízo operacional e de base de cálculo negativa de CSLL.

Os fatos geradores situam-se no período entre 31/12/2014 e 31/12/2016, conforme Auto de Infração de IRPJ:

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL INFRAÇÃO: CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL

Despesas referentes a encargos de empréstimo e debêntures, aproveitadas indevidamente pela autuada, não adicionadas ao Lucro Líquido do período, para determinação do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2014	18.203.904,93	150,00
31/12/2014	37.944.502,40	150,00
31/12/2015	66.626.788,98	150,00
31/12/2015	96.740.084,18	150,00

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valores excluídos indevidamente da apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL do período, referente a encargos de amortização de ágio indedutíveis para efeitos fiscais, conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2014	155.344.462,53	150,00
31/12/2015	310.688.925,07	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 TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2014	1.559.000,55	75,00
31/12/2016	75.651.203,98	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. 1189):

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. 1190), 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 ($\text{US\$ } 758.000,00 \times 2,3426 = \text{R\$ } 1.775.690.800,00$), enquanto que o valor transferido à Oi teve como base o câmbio da data da efetiva transferência bancária, em 17/01/2014 ($\text{US\$ } 758.000,00 \times 2,3470 = \text{R\$ } 1.779.026.000,00$).

[...]

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. 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.

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.

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. 139):

[...]

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 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 – AGIO – GOODWILL – YS – 1.298.482.203,71

12214007 – AGIO – 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

Em 22/04/2019, em resposta ao Termo de Intimação nº 09, de 11/03/2019, 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 também identificou os itens da ECF em que tais despesas afetaram o resultado tributável da empresa, conforme abaixo transcrito (fl. 1387, ECF às fls. 2277 e 2288):

[...]

Como se verá adiante, todas as respostas (fls. 1542 a 1545) 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 FIP, 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 um 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 utilizou-se 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 na empresa por ele adquirida (GLOBENET).

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 do Ágio

[...]

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.

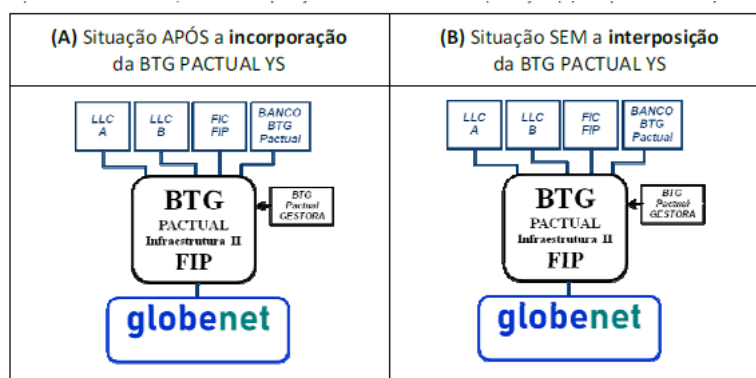
Atingiu-se, ainda, um objetivo que poderíamos classificar exclusivamente como **financeiro**: o passivo correspondente ao empréstimo tomado para financiar parte da operação foi carregado para a investida, para ser por esta suportado.

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.

Ressaltemos 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.



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

Analizando-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 Debentures

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 2014 e 2015, 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.

No referido período, foram lançadas pelo sujeito passivo despesas 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\$ 155.344.462,53 no ano de 2014 e R\$ 310.688.925,07 no ano de 2015.

Outrossim, faz-se necessário 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, no ano-calendário de 2014, nos montantes de R\$ 37.944.502,30 (debêntures) e R\$ 18.203.904,93 (empréstimo) e em 2015, nos valores de R\$ 96.740.084,18 (debêntures) e R\$ 66.626.788,98 (empréstimo).

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.

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 negocial e tiveram evidente objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, razão pela qual foram desconsiderados tributariamente.

A ausência de propósito negocial, 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.

8 – Da Multa Isolada

[...]

É importante mencionar que 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 os saldos de Prejuízos Fiscais e Base de Cálculo Negativa da CSLL constantes no e-Sapli (Demonstrativo às fls. 2482 a 2497), verifica-se que o último período anterior à presente ação fiscal em que a empresa possuía saldo a compensar foi o ano-calendário de 2010, quando exauriu por completo ambos os saldos (IRPJ e CSLL). Nos anos de 2011 a 2013 a empresa apurou resultado positivo (e não realizou compensação, uma vez que já não mais possuía saldo a compensar).

Observe-se que tais informações tiveram origem nas DIPJs transmitidas pela empresa, e não constam alterações nos referidos anos, referentes a autuações

ou retificações procedidas de ofício. Sendo assim, é indevida a compensação realizada pela empresa no ano-calendário de 2014, no valor de R\$ 1.559.000,55, razão pela qual será objeto de glosa.

Embora intimada, por meio do Termo de Intimação nº 21, de 22/11/2019 (prazo prorrogado por meio do Termo de Intimação nº 22), a empresa não justificou a origem de tal compensação, restringindo-se a informar, em 03/12/2019 (fl. 2478), que o prejuízo fiscal compensado em 2014 foi apurado “em anos anteriores a 2013”.

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, valor este que foi compensado nos anos subseqüentes e em Parcelamento Especial (informado em resposta às intimações nºs 21 e 22, fls.2420 e 2478).

Entretanto, diante do presente lançamento fiscal, o resultado líquido da empresa passa a ser positivo no referido ano (conforme demonstrativos constantes no Auto de Infração anexo ao presente Termo), tornando-se improcedente a compensação de R\$ 75.651.203,98 realizada em 2016, a qual também será objeto de glosa.

[...]

DA IMPUGNAÇÃO

Por bem resumir e descrever adequadamente as alegações de defesa da Interessada, reproduzo a seguir o conteúdo da Impugnação, que constou no relatório da decisão recorrida:

[início da Impugnação, extraída do relatório da DRJ]

Inicia fazendo uma breve análise dos fatos e de forma resumida explica a evolução da autuada como operadora de cabos submarinos até sua aquisição pelo grupo BTG, conforme abaixo:

Neste contexto, foi que, no ano de 2013, o BTG Pactual, verificando o expressivo potencial de crescimento do mercado de telecomunicações e da Globenet, participou de um processo de venda competitivo organizado pelo banco Goldman Sachs a pedido de seu antigo controlador (“Grupo Oi”), que culminou nas tratativas para que a Globenet se tornasse um novo investimento do BTG Pactual Infraestrutura II FIP, o que se concretizou por meio da operação ora em análise.

Logo após, conta a história do Grupo BTG Pactual e explica que o grupo por meio da BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda, atua como gestor do BTG Pactual Infraestrutura II FIP, sendo responsável pelas decisões de investimento do capital aportado pelos cotistas do FIP.

Explica que terceiros investidores são os cotistas dos fundos de investimentos estrangeiros que por sua vez são cotistas diretos do BTG Pactual Infraestrutura II FIP, conforme abaixo quadro demonstrativo retirado da impugnação e que não se deve confundir o patrimônio do Grupo BTG Pactual com a impugnante e vice-versa:

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%

Faz breve histórico da constituição do FIP e também da operação que culminou na compra da autuada, entre o relato explica:

Nesse tocante, embora a Autoridade Fiscal tenha indevidamente caracterizado a BTG Pactual “YS” como uma “empresa veículo”, sua participação no negócio era essencial, uma vez que a obtenção de empréstimos junto a instituições financeiras é vedada aos Fundos de Investimento em Participação (“FIP”), conforme as disposições da Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003.

Situa a aquisição da BTG Pactual “YS” e como evoluiu a negociação até a compra da autuada, dizendo

• Em 12/07/2013, ou seja, mais de sete meses após a aquisição da BTG Pactual “YS” e do início das tratativas com o Grupo Oi no processo competitivo conduzido pelo Goldman Sachs, foi celebrado o Contrato de Compra e Venda de Quotas entre a BTG Pactual “YS” e os vendedores (fls. 553 a 631 dos autos), para negociação de 100% do capital social da Impugnante, conforme reconhecido no próprio TVF (fl. 11).

De plano, verifica-se que a BTG Pactual “YS” é expressamente indicada como compradora no referido contrato, como inclusive foi reconhecido pelo próprio Sr. Agente Fiscal:

(omitido)

Equivoca-se, contudo, a Autoridade Fiscal ao apontar no TVF que o “real adquirente” na operação seria o BTG Pactual Infraestrutura II FIP. Isso porque a aquisição foi realizada diretamente pela BTG Pactual “YS”, como descrito expressamente no contrato de compra e venda e motivada pelos diversos aspectos apontados acima (e detalhados adiante).

Evidentemente, a eventual menção ao BTG Pactual Infraestrutura II FIP ou mesmo ao Grupo BTG Pactual em páginas da internet ou em notícias circuladas à época não afasta a natureza de real adquirente da BTG Pactual “YS”, apenas denota que esta empresa é subsidiária do mencionado fundo de investimento, cuja gestão é realizada por empresa do BTG Pactual - o que, repise-se, é de pleno conhecimento da Autoridade Fiscal.

Há que se reconhecer, ainda, que não há qualquer impedimento legal ou societário na participação da sociedade holding na operação - inclusive, como será abordado, a natureza destas sociedades, cujo objeto se resume à participação em outras sociedades, é reconhecida pela própria legislação.

• Neste contexto, tendo em vista a assinatura do acordo para a aquisição da Impugnante, as partes passaram a praticar os atos societários pertinentes para a operacionalização da aquisição.

Assim, em 24/12/2013, foi firmado contrato de empréstimo entre a BTG Pactual “YS” e o Banco Sumitomo Mitsui Banking Corporation, por meio do qual aquela captou mais US\$ 366 milhões (fls. 1.201 a 1.300 dos autos), correspondente, à época, a aproximadamente R\$ 858 milhões.

Em seguida, em 15/01/2014, foi realizada a emissão de debêntures pela BTG Pactual “YS” (fls. 1.314 a 1.371 dos autos), no valor nominal total de US\$ 272 milhões. Conforme informado ainda durante o procedimento de fiscalização, as debêntures foram adquiridas pelo Banco Santander (Brasil) S.A. e pelo Banco Bradesco Berj S.A., totalizando uma captação de R\$ 634 milhões.

Veja-se que a maior parte dos recursos utilizados na aquisição da Globenet (mais de 80%) se originou das captações em comento, realizadas diretamente pela BTG Pactual “YS”. Importante mencionar, outrossim, que não havia qualquer garantia pelo FIP em relação à captação dos recursos, o que reforça a constatação de que a dívida foi contraída, de fato, pela própria BTG Pactual “YS”, sendo assim a “real adquirente” da Impugnante.

Ademais, registre-se que a aquisição alavancada, mencionada acima, não possui qualquer vedação legal na legislação pátria, como reconhecido no próprio TVF (fl. 17). Trata-se de estrutura comum no mercado na medida em que permite aos investidores a aquisição da companhia alvo sem o desembolso da integralidade dos recursos, possibilitando a sua utilização em outros investimentos, dentre outras razões que serão abordadas oportunamente.

Sendo uma opção de financiamento de aquisição que consiste em análise de viabilidade e oportunidade pelo adquirente, reveste-se de caráter estritamente negocial, que não pode ser questionada pela Fiscalização, como se apontará adiante.

Além disso, diferentemente do que sugere a Autoridade Fiscal (fl. 09 do TVF), as previsões formalizadas no contrato de empréstimo ou na escritura de emissão das debêntures no sentido de que a BTG Pactual “YS” seria incorporada não podem ensejar a conclusão de que se trataria, então, de uma empresa veículo.

Isso porque, conforme será abordado devidamente em tópico específico, não há qualquer condição que obrigasse a incorporação da BTG Pactual “YS” pela Globenet, muito menos qualquer cláusula que responsabilizasse o BTG Pactual Infraestrutura II FIP em caso de inadimplemento do contrato pela BTG Pactual “YS”.

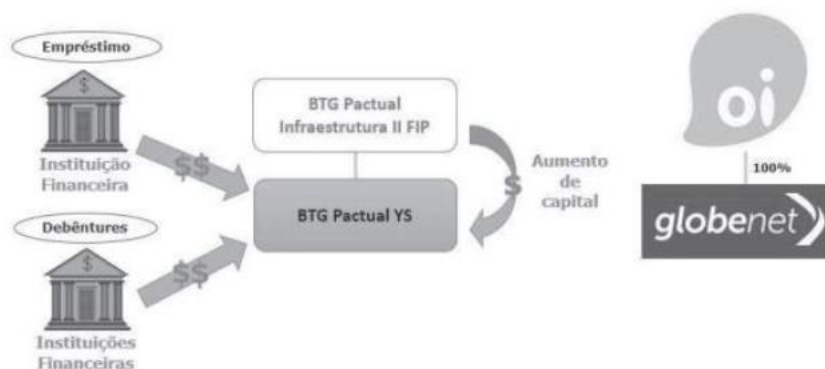
Não obstante isso, é importante notar que, tratando-se de uma sociedade holding, ou seja, cuja atividade é, essencialmente a detenção de participações societárias, suas receitas estão atreladas à disponibilização de lucros por suas controladas. Tendo em vista a oposição das instituições financeiras em relação ao risco de verem a recuperação dos valores emprestados atrelada a tal fator incerto (disponibilização de lucros à BTG Pactual “YS”), exigiu-se que esta fosse incorporada, de forma que as obrigações atinentes às debêntures e empréstimo fossem transferidas à Globenet (ora Impugnante).

Portanto, desde já fica claro que a incorporação da BTG Pactual “YS” estava atrelada a uma exigência negocial de terceiros (ou seja, alheia à vontade da Impugnante e do BTG Pactual) que deveria ser cumprida a fim de permitir a

concretização da aquisição. E mais, tal fato também reforça a essencialidade da BTG Pactual “YS” na operação em foco e a efetiva consecução do objetivo negocial a que estava destinada, porquanto nesse momento já teria obtido os recursos necessários e efetivado a aquisição da Impugnante, cumprindo, assim, os propósitos negociais e específicos para os quais foi adquirida pelo Grupo BTG Pactual.

- Da mesma forma, em 17/01/2014, a fim de operacionalizar e finalizar a aquisição acordada, foi aprovado aumento de capital na BTG Pactual “YS”, no valor de R\$ 399 milhões, integralmente subscrito e integralizado pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP.

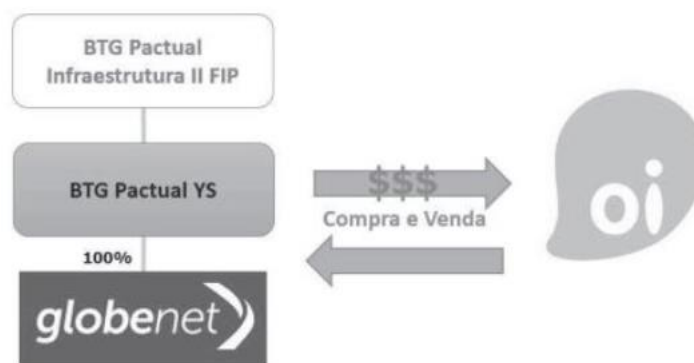
Desta maneira, concluiu-se a estrutura de aquisição pretendida pelo Grupo, de forma que a BTG Pactual “YS” passou a deter a integralidade dos recursos utilizados para adquirir o controle da Globenet: (i) mais de US\$ 638 milhões (mais de 80% do valor empregado na operação), por meio da captação de recursos no mercado (debêntures e empréstimo financeiro); e (ii) o restante (menos de 20%) originários do aporte de capital do BTG Pactual Infraestrutura II FIP:



Assim, é evidente que não se pode considerar que o real adquirente seria o Grupo BTG Pactual ou mesmo o BTG Pactual Infraestrutura II FIP, já que menos de 20% do valor investido decorreu do aumento de capital realizado pelo controlador da BTG Pactual “YS”.

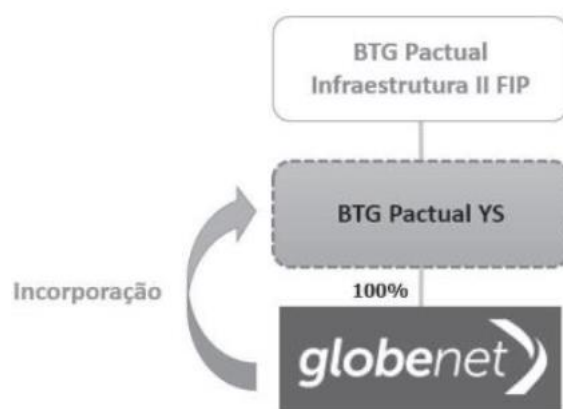
- Após o adimplemento das condições estabelecidas no Contrato de Compra e Venda, houve o fechamento do negócio, momento em que a BTG Pactual “YS” - que, por todas as razões mencionadas e que serão exploradas mais adiante, figurou como compradora - adquiriu 100% das cotas representativas do capital social da Impugnante, pelo pagamento do valor de R\$ 1,7 bilhão.

- Desta feita, em atendimento à legislação tributária vigente à época dos fatos, a BTG Pactual “YS” desdobrou este custo de aquisição em (i) investimento por equivalência patrimonial no valor de R\$ 227.089.109,76; e (ii) ágio no valor de R\$ 1.548.601.190,24, posteriormente ajustado para R\$ 1.553.444.625,34, como reconhecido no TVF (fl. 12). Neste sentido, veja-se abaixo a ilustração desta estrutura:



Somente em razão destes fatores, desde já, nota-se a absoluta licitude das operações efetuadas. Ora, diante do reconhecimento de que o ágio registrado contabilmente foi efetivamente pago, com base em demonstrativo de que seu fundamento econômico é a rentabilidade futura da empresa investida (o que ambém se evidenciará em detalhes), é evidente que este ágio é passível de amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, nos termos da legislação tributária.

- Em 28/07/2014, houve a incorporação da BTG Pactual “YS” pela Impugnante. Trata-se de “incorporação reversa”, na qual a sociedade controlada incorpora sua controladora. Neste momento, o ágio decorrente da aquisição da Impugnante passou a ser amortizado fiscalmente, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97:



Ainda, com a extinção por incorporação da BTG Pactual “YS”, a incorporadora Globenet (ora Impugnante) a sucedeu em direitos e obrigações, nos termos da legislação de regência. Este fato, por certo, acarretou no registro e dedutibilidade, pela Globenet, das despesas oriundas do empréstimo contratado e das debêntures emitidas pela BTG Pactual “YS”.

Diante de todo o exposto, verifica-se que as operações societárias analisadas, que culminaram no aproveitamento fiscal do ágio, na dedução das despesas, pela Impugnante, visavam, desde sempre, o ingresso do BTG Pactual Infraestrutura II FIP no controle das atividades da Globenet, com a potencialização do crescimento da Impugnante após o investimento, o que somente foi possível mediante a participação da BTG Pactual “YS”.

Na preliminar alega erro na apuração do crédito tributário causando assim a nulidade do lançamento, vez que a autoridade lançadora incorreu em erro na indicação dos montantes que comporiam a base de cálculo dos autos de infração. Afirma que:

Diversamente da conclusão fiscal, os itens 3.01.01.09.01.08 das ECF 2014 e 2015 ("Outras Despesas Financeiras") abarcam valores não relacionados aos juros sobre o empréstimo bancário em comento, motivo pelo qual (e diferentemente do que ocorre com as despesas relacionadas às debêntures) não se pode considerar indiscriminadamente o valor integral destes itens (respectivamente, R\$ 18.203.904,96 e R\$ 66.626.788,98), mas apenas os montantes correspondentes indicados nas contas contábeis 52111014 acima (ou seja, R\$ 17.685.796,47 e R\$ 47.375.196,25).

Cita o art.142 do CTN, fala em vício material e que tal erro enseja preterição do seu direito de defesa e ao fim reitera a nulidade do lançamento com o cancelamento integral da exigência.

Aduz que com a publicação da Lei nº13.655/2018, intitulada como Lei da Segurança Jurídica, há a necessidade de considerar as orientações gerais da época, entendidas como jurisprudência judicial ou administrativa majoritária nas decisões.

Cita vários entendimentos e doutrinadores e afirma que a autoridade fiscal não observou a legislação vigente, o que deverá acarretar o cancelamento da autuação fiscal.

Diz:

De fato, ainda que se admitisse a tese fiscal para formalização do presente lançamento (suposta utilização de "empresa veículo" e ágio fundamentado em laudo de avaliação extemporâneo), o que se alega apenas para fins argumentativo, considerando-se as orientações gerais da época das operações societárias (2013) e dos fatos geradores objeto do lançamento fiscal (2014 a 2016), a presente autuação jamais poderia prosperar, nos termos da jurisprudência administrativa então majoritária, no sentido de que o aproveitamento fiscal de ágio em casos semelhantes ao presente é legítimo e plenamente válido.

Do Direito – Legitimidade da Amortização do Ágio

Da legitimidade das operações realizadas e posterior aproveitamento fiscal do ágio.

Defende que a BTG Pactual “YS” é a real adquirente da GLOBENET e que o sacrifício financeiro partiu dela, na medida que tais valores, juntamente com montante captado com a emissão de debêntures e empréstimo bancário, passaram a constituir seu patrimônio e foram despendidos para aquisição aqui discutida.

Alega que desconstituindo a operação, tendo o FIP como adquirente e não a “YS”, teria a desconsideração das próprias entidades brasileiras e chegar-se-ia à absurda conclusão de que somente pessoas físicas podem desempenhar tal papel.

Afirma que qualquer pessoa jurídica recebe aportes de capital para realizar investimentos, sendo o que ocorreu no presente caso, e que tal fator não pode ser justificativa para imposição de multa tão grave como a multa qualificada, vez que não houve dolo no processo.

Após transcrever a legislação acerca do ágio, alega que os requisitos legais para registro e amortização do mesmo foram integralmente cumprido, vez que houve efetiva aquisição da autuada com o pagamento integral em dinheiro, foi efetivada a incorporação da “YS” pela Globenet (adquirente e adquirida) e o ágio pago na operação foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

Alega que mesmo sendo o valor do ágio pago maior que o contido no laudo de avaliação não possui este o condão de afetar o aproveitamento fiscal do valor integral registrado pela BTG Pactual “YS”.

Fala sobre a forma de contabilização do ágio para após afirmar que mesmo sendo o ágio registrado maior que o contido no laudo não é caso de questionamento sobre a legitimidade do surgimento e registro deste, tampouco da possibilidade de sua amortização.

Diz:

*Assim, não se pode questionar o legítimo **surgimento e registro** do ágio pela BTG Pactual “YS”, tampouco a possibilidade de sua **amortização**. Isso porque tal sociedade cumpriu os termos da legislação tributária de regência: **desdobrou o custo de aquisição** da Impugnante em investimento e ágio; foi, posteriormente, por ela (investida) **incorporada**; e o ágio teve seu fundamento econômico lastreado em **expectativa de rentabilidade futura**.*

*Portanto, os requisitos para a amortização fiscal do ágio foram cumpridos estritamente, ou seja, foram atendidos os **termos preconizados na legislação** de regência que permite a dedutibilidade do ágio, o que, por si só, **torna inquestionável a validade do procedimento adotado**.*

*Neste ponto, deve-se frisar que um dos princípios basilares do Direito Tributário é o da **legalidade** e, tendo a Impugnante agido em **consonância com a lei** que permite o registro e a dedução do ágio, a Autoridade Fiscal não pode afastar a sua aplicação, sob pena de afronta ao referido princípio.*

III.1.2 - Inexistência de Empresa Veículo no presente caso – demonstração do Propósito negocial e específico e da necessidade da BTG Pactual “YS”

Explica que a autoridade lançadora entendeu que a empresa “YS” não possuiria substância, nem que haveria propósito negocial em sua participação na operação examinada nos autos, sendo ela uma empresa veículo.

Alega que a existência de propósito negocial não é positivada em nosso Direito, razão pela qual é inadmissível sua aplicação para fins de desconsideração de operações societárias validamente realizadas e seus reflexos fiscais, fazendo breve arrazoado acerca do assunto. E conclui este tópico dizendo:

Logo, havendo um propósito comercial suscitado pelas partes que justifique a efetivação da operação na forma como realizada, de rigor que unicamente cabe à autoridade fiscal reconhecer sua validade, porquanto não lhe é autorizado (ou seja, é vedado) que adentre à condução dos negócios privados levados a efeito pelas partes.

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

Afirma que o fisco concluiu que a “Y” não teria substância ou deveria ser considerada como “empresa veículo” desprovidas de propósito comercial e que, no entanto, sua constituição, aquisição e participação na operação são compatíveis com as características típicas de uma sociedade holding, bem como com as previsões legais, societárias e tributárias a seu respeito.

Explica que as holdings são sociedades cuja função é de mera detenção de participações societárias em outras companhias, não tendo empregados em seu quadro, vez que não envolve prática de atividades operacionais além da gestão da participação, não possui fonte própria de receitas, pois apenas receberá dividendos, se for o caso.

Alega que por ela, “YS”, não ser uma sociedade comercial necessitou de empréstimos e do aporte de recursos, por seu controlador, para a aquisição da impugnante. O que corrobora a personificação jurídica da aludida holding.

Diz:

Ao contrário do que mencionou a Fiscalização, os aspectos financeiros da operação (fluxo dos recursos e desembolso para a aquisição da Globenet) apenas corroboram a validade das operações e o seu efetivo propósito comercial.

Cita a lei das S.A, art.2º, §3º e alega que aplicando tal dispositivo ao caso está a operação em plena conformidade com a legislação societária e para fundamentar suas alegações cita caso julgado pelo TRF4 de SC.

Afirma que a doutrina trata a amortização do ágio como um incentivo, concessão ou benefício fiscal, citando estudiosos. Logo após alega:

*Ora, à luz da norma e das lições acima reproduzidas, não pairam dúvidas de que (i) a lei societária traz **expressamente** a possibilidade de uma sociedade holding ser constituída com o fim exclusivo de **obter incentivos fiscais**; e (ii) a doutrina tributária reconhece **o ágio como uma forma de incentivo ou benefício fiscal**. Assim, mesmo que se entenda que a BTG Pactual “YS” era uma sociedade veículo e sem motivação extratributária - o que, como se demonstrará, não é o caso - esta C. Turma Julgadora **não pode admitir a sua desconsideração**.*

Embora a Autoridade Fiscal busque questionar a "capacidade econômica e financeira" desta sociedade, verifica-se que se equivoca, pois desconsidera a própria natureza e características das sociedades holding. Tal circunstância

fica clara na alegação fiscal de que a BTG Pactual “YS” “não possuía qualquer atividade produtiva” (fl. 24 do TVF).

Como demonstrado, as sociedades holding prescindem de quaisquer dos aspectos mencionados no TVF que caracterizariam uma sociedade empresária, voltada à produção de bens ou à prestação de serviços, tratando-se de sociedade cuja natureza e objetivo são, exclusivamente, a detenção de participação societária em outras sociedades.

Traz parte de um extrato bancário onde procura demonstrar que atividades da companhia “Y” eram terceirizadas e posteriormente reembolsadas e que tal dinâmica, de reembolso, não afeta a legitimidade e validade da “Y”.

Afirma que o fato dos diretores da “Y” serem funcionários de outras empresas do grupo não revela qualquer óbice ou irregularidade que pudesse infirmar sua existência e ou legitimidade.

Alega que a autoridade lançadora questiona o lapso de existência da “Y” o que reforçaria a visão dela de empresa veículo, citando trecho do TVF. Afirma que a argumentação fiscal é despropositada pois não se trata de empresa efêmera ou de curta duração, vez que a “Y” permaneceu ativa por cerca de dois anos até sua incorporação.

Alega que a “Y” atuou na prospecção de outros possíveis investimentos para o FIP e que a autoridade lançadora estava ciente de que parte das despesas incorridas por ela se referia a outros projetos que, diferentemente da aquisição da fiscalizada, acabaram por não se concretizar e que ela participou diretamente do processo de prospecção, negociação e sua aquisição, sendo incorporada apenas após o cumprimento de seus objetivos negociais.

Afirma que a BTG Pactual “YS” foi imprescindível na real substância do negócio e que a aludida sociedade não poderia ser desconsiderada pela autoridade fiscal.

III.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.

A impugnante inicia explicando sobre as aquisições alavancadas, que são aquisições financiadas através de uma estrutura com montante de capital de terceiros combinado com um determinado montante de capital próprio, cuja garantia da dívida, geralmente são os ativos da empresa alvo, ou até mesmo as próprias ações da empresa alvo, sendo comum também que os pagamentos dos empréstimos sejam efetuados com os fluxos de caixa gerados pela empresa adquirida.

Diz:

No caso, a legítima opção negocial na gestão de recursos de terceiros, foi a de adquirir o controle da Impugnante por meio de uma aquisição alavancada, de forma que a dívida contraída seria paga pelos fluxos de caixa gerados pela própria empresa investida. Caberia à Globenet (Impugnante), assim, “se pagar”, ao menos em parte.

Cita acórdão exarados pelo CARF que corroboram com seu entendimento a respeito da aquisição alavancada.

Conceitua capital próprio e de terceiros e afirma que a escolha da estrutura de capital será uma decisão estritamente gerencial a respeito da qual não pode o Fisco emitir juízo de valor e que após análise da melhor estrutura de capital para o negócio pretendido, as opções de captação de recursos será uma decisão estritamente gerencial.

Explica que a decisão de sua incorporação por meio de mais de 80% de recursos de terceiros deveu-se ao incremento da taxa de retorno do investimento por meio da realização da aquisição alavancada e redução da exposição do capital próprio em um único investimento o que vai ao encontro a atividade essencial do Grupo BTG que é a capacidade do grupo de gerar ganhos financeiros a seus clientes.

Continua falando sobre melhores taxas de retorno para o negócio e para seus clientes o que levou a redução do montante investido pelo FIP. Diz:

Portanto, a fim de atender às expectativas de seus clientes investidores, cumpria ao FIP buscar meios de atingir a melhor taxa de retorno possível. Nesse contexto, com a alavancagem definida para aquisição em comento, reduziu-se o montante investido pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP na operação, o que, por conseguinte, resultou em um aumento da taxa de retorno obtida, ante à proporção capital investido/dividendos recebidos:

(...)

Veja-se, a partir da aquisição alavancada, o patrimônio do FIP (e, por consequência, os recursos dos investidores) aplicado na operação foi menor, o que, frente a um mesmo resultado operacional da companhia investida (100% do capital social da Globenet), resulta proporcionalmente em uma maior taxa de retorno pelo investimento realizado.

Continua explicando pela decisão de recorrer a recursos de terceiros para sua aquisição:

Destarte, é evidente que o comprometimento de todo o valor destinado à aquisição (cerca de R\$ 1,7 bilhão) por meio de recursos próprios, enseja um risco de exposição muito superior àquele verificado na hipótese em que apenas 20% (cerca de R\$ 340 milhões) deste valor decorre da aplicação do patrimônio do FIP.

Nesse diapasão, eventual comprometimento do valor integral da aquisição por meio de recursos aportados no FIP ensejaria, ainda, uma concentração excessiva do patrimônio do Fundo em participação societária na BTG Pactual “YS” e, posteriormente, na Globenet, o que, da mesma forma, não seria decisão acertada do ponto de vista financeiro, já que, caso o investimento não fosse bem sucedido, geraria um relevante impacto negativo em seu portfólio.

E alega, que ao contrário do que afirma a autoridade lançadora, a participação da “Y” no negócio era muito importante:

Isso porque, sem a BTG Pactual “YS”, (i) não seria possível realizar a alavancagem, afetando as taxas de retorno aos investidores; e (ii) o patrimônio do FIP seria comprometido sobremaneira com o investimento na Impugnante. Por conseguinte, tais cenários obstarão por completo a própria participação

do FIP no processo competitivo de aquisição promovido pelo Grupo OI. Logo, sem a BTG Pactual “YS”, a operação nem sequer teria ocorrido!

Assim, alega que, a decisão pela aquisição alavancada não teve um propósito fiscal e sim, decorreu de aspectos negociais e gerenciais essenciais para o sucesso do investimento.

Continua falando sobre a necessidade da aquisição alavancada e diz que ela já era uma empresa madura e consolidada no mercado e que o gestor de recursos de terceiros aportados no FIP buscou transformá-la em uma empresa mais eficiente.

Explica que o empréstimo através da emissão de debêntures foi importante também para o grupo BTG Pactual.

Passa a explicar a importância do uso de capital de terceiros no mercado financeiro, o melhor retorno para seus investidores, maximização dos resultados financeiros obtidos e por fim, novamente afirma, que para captação destes recursos a “Y” era imprescindível, vez que aos FIP’s são vedados tal alternativa.

Alega que a autoridade lançadora não é competente para averiguar o suposto não atendimento aos regramentos da CVM, que todas as operações são de conhecimento das autoridades e que não foram questionados, e que deve haver respeito aos limites da competência detida pela CVM.

Continua falando sobre ingerência da fiscalização nas decisões negociais, fala sobre a afirmação da autoridade lançadora de que o negócio poderia ter sido feito por outra empresa do grupo, explica sobre a capacidade de endividamento e que os empréstimos são ferramentas amplamente utilizada tanto por empresas como por pessoas físicas para aquisição de bens e direitos.

Volta a falar que a “Y” era provida de propósitos negociais específicos, não havendo impedimento para ser tomadora de empréstimos e foi a agente na operacionalização do negócio e sendo ela um holding, suas receitas são atreladas à disponibilização de lucros por suas controladas e que as obrigações contratuais decorrentes da emissão das debêntures e tomada de empréstimo bancário estariam sujeitas a existência destes resultados positivos distribuídos e que o risco existente na recuperação destes valores pelas instituições financeiras envolvidas exigiu-se que a sociedade “Y” fosse por ela incorporada, de forma que as obrigações provenientes dos empréstimos fossem a ela transferidas.

Assim, alega que este foi o motivo para incorporação da “Y” por ela, o que não demonstra nenhuma ilegalidade nem irregularidade e que os contratos de empréstimo de emissão das debêntures foram realizados pela “Y”.

Diz a impugnante:

Por tal razão, além de a participação da BTG Pactual “YS” na operação ser essencial pelas razões até aqui expostas (como, por exemplo, para a captação dos recursos no mercado via empréstimo, opção vedada ao FIP), também era imprescindível que fosse incorporada posteriormente à aquisição, consoante

demanda das instituições financeiras dispostas a emprestar os recursos para a operação.

Ou seja, é evidente que não só a figura da BTG Pactual “YS” como adquirente da Impugnante possuía diversos propósitos específicos e negociais, como sua própria extinção era justificada em critérios totalmente alheios aos efeitos fiscais.

Ainda, deve-se ter em conta que a utilização da BTG Pactual “YS” também representou instrumento útil para limitar a responsabilidade dos cotistas e restringir eventuais perdas no investimento.

Explica que na relação do fundo com seus investidores, estes respondem pelo patrimônio líquido negativo do fundo, isto é quando o valor das obrigações é superior ao dos ativos, assim cabe a eles aportarem recursos adicionais quando necessários., o que não ocorre quando se trata de acionistas numa sociedade anônima, cuja responsabilidade está limitada ao número de ações subscritas ou adquiridas.

Assim, explica que sua aquisição pelo FIP era uma risco que não se pretendia correr, por isto optou-se pela utilização de uma sociedade anônima na operação, no caso a “Y”.

Continua suas alegações explicando as atividades do fundo e por isto a necessidade do uso da BTG Pactual “YS” no negócio.

Alega que a tributação sobre o ganho de capital foi feita e sendo que é lícito que seja amortizado o ágio como contrapartida da tributação imediata do ganho de capital no Brasil.

III.1.3 - III.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

Afirma que a confusão patrimonial trazida pela autoridade lançadora não encontra respaldo legal como condição para o aproveitamento do ágio o que demonstra inovação por parte dela.

Alega que o requisito para aproveitamento do ágio é a absorção do patrimônio da pessoa jurídica adquirida em virtude de incorporação, fusão e cisão o que foi integralmente cumprido no caso concreto e que ainda que se admita o instituto da confusão patrimonial é certo que no caso em tela tal situação ocorreu, uma vez que o ágio e investimento passaram a “se confundir” na Globenet quando da incorporação reversa da “YS”.

Aduz que por mais que se tente afastar os fatos de que houve a obtenção do financiamento da operação pela “YS”, verifica-se que esta foi quem recebeu os recursos capitados e em seguida transferidos ao Grupo OI para sua aquisição.

Cita o CPC 15 que orienta que o adquirente normalmente é a entidade que transfere caixa ou outros ativos ou incorre em passivos e que não há dúvida de que foi a BTG Pactual “YS” quem efetivamente incorreu na captação dos recursos juntos às instituições financeiras.

Afirma que 20% dos recursos aplicados são oriundos do FIP e que 80% deles foram captados no mercado financeiro e que tal montante nunca transitou pelo patrimônio do fundo, muito menos foi aportado por tal fundo na “YS”.

Alega que o ágio da operação deveria ser registrado pela sociedade que efetivamente incorreu no custo de aquisição e que a YS não só realizou a captação da maior parte do valor aplicado na operação, como também diretamente contratou a aquisição da impugnante e pagou o preço integral aos antigos controladores.

Diz:

Desta feita, quando a BTG Pactual YS adquiriu a Impugnante, registrando um ágio, devidamente pago, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, e, posteriormente, foi incorporada pela adquirida, ocorreu o encontro entre o investimento e o ágio ("confusão patrimonial), possibilitando o início de sua amortização fiscal.

Continua suas alegações afirmando sendo a “YS” sua real adquirente e com a incorporação deve ser admitida a dedutibilidade da amortização fiscal e que sendo aquela quem efetivamente realizou a aquisição e registrou o investimento com ágio não há que se falar em qualquer transferência de ágio.

Alega que do ponto de vista econômico a interposição de sociedade veículo não causa prejuízo ao Erário, caso não se analise a tributação de cada empresa isoladamente mas do grupo controlador como um todo, as deduções seriam as mesmas obtíveis com a incorporação direta da investidora pela adquirida.

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

Em relação ao duplo aproveitamento do ágio, a impugnante afirma que a alegação fiscal em nada guarda relação com a matéria objeto dos autos, que consiste na confirmação da legitimidade do aproveitamento fiscal do ágio pago na sua aquisição.

Diz que a apuração de ganho de capital em sua eventual venda e resgate de cotas pelos investidores do FIP diz respeito somente a esses e que são eles que devem ser inquiridos pelos agentes fazendários, quando e se alienarem suas participações.

Afirma que não pode o fisco questionar atos que ainda não ocorreram, que o fundo na condição de controlador da YS apenas registrou sua participação na sociedade, sem qualquer destaque ao ágio e ademais caso o FIP aliene a participação societária que tem em seu patrimônio estaria tal alienação isenta de IR.

Continua rebatendo as afirmações fiscais acerca de um possível ganho de capital na alienação da participação societária. Logo após afirma

Logo, para que fosse possível sustentar o argumento fiscal de que o FIP teria registrado um ágio, contabilmente transferido à Impugnante e que permitiu um suposto duplo aproveitamento, haveria que se desconsiderar não só todo o contexto fático exposto acima (além dos negócios jurídicos praticados), mas

também as próprias regras relativas ao registro dos ativos pelo fundo e à apuração do ganho de capital pelos cotistas.

III.1.4 – Opção legal e Impossibilidade de Ingerência do Fisco na Atividade do contribuinte

Afirma que a operação em comento não buscou nenhuma economia tributária que não as decorrentes estritamente da realização do negócio almejado pelas partes, sendo a participação na “YS” uma necessidade tanto do ponto de vista negocial como do ponto de vista societário, para seus controladores.

Alega que a redução de despesas tributárias otimiza a atuação empresarial e que não pode ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada, segundo ele pelo próprio ordenamento jurídico.

Cita acórdão do Carf e alega que as atividades das sociedades holding é a detenção da participação societária em outras sociedades, sem que haja necessidade de possuir funcionários, outras receitas e despesas ou que pratique a circulação ou produção de bens e serviços, sendo legítimas conforme legislação.

Assim, afirma que a participação da holding em sua aquisição representa uma opção fiscal, legal e permitida pelo ordenamento jurídico e que operação de tal monta jamais se poderia se ater exclusivamente aos aspectos tributários de uma determinada estruturação, mas deve-se visualizá-la sob os aspectos negociais e enfoques societários, regulatórios, concorrenciais, entre outros.

Alega que não pode o Fisco limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes que visam a melhor forma de gerir seus negócios e como já fartamente descrito com base em razões de diversas naturezas vislumbrou-se a necessidade de que a operação em tela fosse concretizada por meio da BTG Pactual YS, a qual realizou a aquisição da Impugnante.

Conceitua planejamento tributário, disserta sobre liberdade de auto-organização, princípio da legalidade, liberdade no exercício da atividade econômica, livre iniciativa e o da garantia à propriedade privada. Afirma que o Poder Judiciário vem reconhecendo e considerando o planejamento tributário lícito.

Alega que a autoridade fiscal não possui qualquer respaldo legal no ordenamento jurídico ao ver a participação da “YS” como inválida.

Continua suas alegações sempre defendendo a licitude do planejamento tributário e no fim diz não restar dúvidas de que o aproveitamento do ágio na operação aqui discutida representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio governo e não um planejamento tributário

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

Diz a impugnante:

Ainda que pudessem ser superados os argumentos trazidos nos tópicos anteriores, o que se admite meramente a título argumentativo, cumpre ressaltar que a desconsideração da operação realizada e a imputação de negócio jurídico "simulado" corresponderia a uma indevida aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN que, além de não ter servido como fundamento à autuação fiscal, não poderia ser invocado em razão da ausência de regulamentação por meio de lei ordinária.

Afirma que ainda que se pudesse considerar o caso como planejamento fiscal a aplicação do parágrafo único do art.116 do CTN depende de elaboração de lei ordinária que ainda não foi editada, não podendo assim ser aplicada pelas autoridades fiscais.

III.1.6 – Ad Argumentandum – Da validade da “Empresa Veículo” e da Jurisprudência do CARF

Neste tópico a impugnante defende que a jurisprudência do CARF entende que a utilização de empresas veículo não é motivo suficiente para tornar inválida a amortização fiscal do ágio e que em diversas operações a constituição de um empresa desta é indispensável para que se obtenha o propósito negocial pretendido.

Para validar seu entendimento traz uma relação de acórdãos do CARF, com suas respectivas ementas, todos no sentido da licitude do uso da empresa veículo.

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

Explica que a época do início das tratativas com o Grupo Oi, elaborou-se estudo interno com avaliação econômica e financeira da impugnante, para verificar a viabilidade de sua aquisição.

Que após esta elaboração, foi contratada a empresa Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda, com o intuito de corroborar o estudo interno e que tal demonstrativo é suficiente para justificar a expectativa de rentabilidade futura para fins fiscais.

Alega que a avaliação foi realizada em dezembro/2013, previamente ao pagamento ao Grupo Oi e registro do ágio pela BTG Pactual YS e que o escopo do laudo apresentado não era a validação do preço negociado entre as partes e sim a realizar uma detalhada avaliação econômico financeira da investida.

Explica que a operação envolvida é de grande vulto, foi quitada em dinheiro e que a definição do seu preço foi calcada em profunda análise econômico-financeira da impugnante.

Afirma também que a época dos fatos a legislação vigente não exigia qualquer formalidade quanto à forma ou momento de apresentação do laudo, motivo pelo qual não pode tal laudo ser contestado que para a comprovação do fundamento econômico que motivou o pagamento do ágio, bastava a existência de um demonstrativo desse fundamento arquivado em sua contabilidade.

Colaciona acórdãos que aceita comprovantes elaborados após a respectiva aquisição da participação societária e afirma que os requisitos e prazo para apresentação de laudo

apenas foram introduzidos no por meio da Lei nº12973/2014 e que ainda assim não há exigência de que o Laudo de Avaliação seja elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio.

III.2 – Despesas Financeiras - Empréstimo

III.2.1 – Do Reconhecimento das Despesas Financeiras pela Impugnante e Possibilidade de sua Dedução

Após breve descrição dos fatos que ensejaram a glosa das despesas financeiras, a impugnante diz:

No entanto, o entendimento acima não merece prosperar. Isso porque, ao proferir tal conclusão, o Sr. Agente Fiscal (i) deixou de observar previsão legal expressa de dedutibilidade (artigo 374 do RIR/99); (ii) não considerou corretamente os efeitos da incorporação; (iii) interpretou incorretamente o disposto no artigo 299 do RIR/99; e (iv) equivocou-se ao não reconhecer que as despesas financeiras com empréstimo e debêntures emitidas pela BTG Pactual YS eram também dedutíveis para a Impugnante, eis que necessárias ao desenvolvimento da sua atividade. E o que se passará a demonstrar.

III.2.2 – Da existência de Previsão Legal Expressa Autorizando a Dedução de Despesas com Juros

Afirma que os encargos financeiros inerentes a empréstimo contraído e debêntures emitidas pela BTG Pactual YS, representam despesa operacional e são plenamente dedutíveis, nos termos do art.374 do RIR/99, ainda que o dispositivo trate de despesas pré-operacionais.

Alega que a autoridade fiscal busca afastar a aplicação de tal dispositivo argumentando que o disposto no art.299 do RIR/99, representaria um pressuposto da previsão para sua aplicação, o que é um equívoco, vez que o art.374 não faz qualquer referência aos requisitos previstos no dispositivo mencionado pela autoridade fiscal.

Defende a aplicação do art.374 para dedução das despesas financeiras, em razão de previsão legal contida neste dispositivo, da ausência de norma condicionando a regra do art.374 ao disposto no art.299 do mesmo regulamento e da clara afronta ao Princípio da especialidade.

Diz que o art.31 da lei nº11.727/2008 reitera a previsão quanto à possibilidade de postergação do reconhecimento de despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos para investimento em controladas por empresa holding.

Cita o Parecer Normativo CST nº127/73 do de nº26/79, afirmando que trazem a orientação de que os dispêndios decorrentes da obtenção de empréstimo são despesas operacionais e, portanto, dedutíveis.

Alega que sendo os juros deduzidos decorrentes de empréstimos e emissão de debêntures para financiar a compra de participação societária, resta evidente que não é cabível a sua glosa e que mesmo se pudesse aplicar o art.299 ao caso concreto, ainda assim seria correta a

dedutibilidade vez que o financiamento foi necessário, usual e normal ao exercício de seu objeto social.

Diz:

Logo, em razão da existência de dispositivo legal específico (artigo 374 do RIR/99) que autoriza a dedução de juros decorrentes de empréstimos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente do disposto no artigo 299 do RIR/99, conclui-se que as despesas financeiras ora em debate são dedutíveis para a Impugnante, motivo pelo qual deve esta C. Turma Julgadora, também por esses argumentos, determinar cancelamento dos autos de infração originários deste processo.

III.2.3 Efeitos da Incorporação da BTG Pactual YS pela Globenet (Impugnante)

Alega que a “YS” possuía, registrado em seu passivo, uma obrigação financeira que em razão do evento de incorporação, tal obrigação transmitiu-se à incorporadora, ora impugnante da mesma forma que aconteceu com diversas outras obrigações, sendo um efeito regular da sucessão universal.

Assim, aduz ela, que não houve apenas uma sucessão do passivo, mas também o direito de deduzir, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, as despesas dos juros decorrentes dessa obrigação financeira.

Transcreve um julgado fundamentando seu entendimento e afirma que tendo havido a mera continuidade do reconhecimento, na impugnante, de despesas antes assumidas pela “YS”, natural que a dedutibilidade de tal despesa seja aqui admitida.

III.2.4 – Ad Argumentandum – Da necessidade da despesa à Impugnante – Aplicação do art.299 do RIR/99

Disserta sobre a despesa necessária prevista no art.47 da lei nº4506/64, trazendo estudos e acórdãos, fala da observância da usualidade para que seja necessária, ou seja, ser ela habitual para a realização do objeto social e da normalidade, se é normal das atividades e negócios pertinentes ao seu objeto social.

E afirma que conjugando-se os conceitos, o comando contido no art.299 do RIR é no sentido de que são plenamente dedutíveis as despesas incorridas pelos contribuintes no curso do exercício regular da atividade empresarial.

Explica novamente, que para sua aquisição foi necessário uma estrutura de aquisição alavancada e que o interesse na operação era, não do só do FIP, mas também dela, que sua entrada para o Grupo BTG representou forte objetivo negocial para ela que passou a contar com a expertise de negócios do grupo investidor, assumindo novo patamar no mercado.

Explica sua evolução no mercado após sua aquisição, afirmando que a entrada do investimento em seu patrimônio representou fator determinante no desenvolvimento de sua penetração no mercado brasileiro e internacional, incrementando sua infraestrutura, elevando sua

competitividade e gerando novas parcerias comerciais, alcançando ela um novo patamar em sua perspectiva negocial.

Assim, alega que sua aquisição era necessária para ela, o que justifica a dedutibilidade das despesas financeiras incorridas.

Continua suas alegações demonstrando quão importante foi a operação de aquisição para ela, bem como sua entrada para o grupo e que sem a emissão de debêntures e a contratação do empréstimo, não seria possível a efetivação da transação, o que limitaria seu desenvolvimento.

Diz:

Em verdade, no que concerne à dedutibilidade das despesas em questão, não há dúvida de que era de interesse da Impugnante (e de qualquer sociedade empresarial) que se buscasse fortalecer sua posição de mercado e, cada vez mais, se consolidar em sua área de atuação. Assim, não se pode negar que tais despesas se caracterizam, sim, como essenciais à atividade da Impugnante.

Em que pese a ausência de definição legal do que venha a ser despesa necessária para fins de determinação da dedutibilidade da despesa, esse conceito indeterminado deve ser entendido de forma objetiva e, para tanto, deve-se verificar se as despesas incorridas estão intrinsecamente relacionadas com a manutenção da fonte produtora dos rendimentos auferidos pela empresa, condição preenchida no presente caso, como demonstrado acima.

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

Alega que o legislador determinou a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva, fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis, não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente às despesas ora questionadas ou à amortização do ágio.

III.4 – Necessidade de Reversão das Retificações e Compensações de Ofício Quanto aos Saldos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL Apurados pela Impugnante.

Alega que como ficou demonstrada a insubsistência das autuações fiscais, deve ser reconhecida a improcedência da retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL.

III.5 – Impossibilidade de Exigência da Multa Qualificada.

Começa conceituando Fraude, a partir dos art.71 e 73 da Lei nº 4502/64 e que a existência do dolo, que é o elemento necessário para haja a qualificação da multa de ofício, deve ser comprovado pela autoridade fiscal.

Transcreve acórdão exarado pelo CAREF para fundamentar seu entendimento de que não se pode confundir a intenção do contribuinte de praticar os atos desqualificados pelas autoridades fiscais com a intenção de se lesar o fisco e que no caso sob análise a autoridade

lançadora não logrou êxito em demonstrar de forma cabal sua intenção de praticar a conduta que constitui o tipo penal-tributário.

Alega que o aproveitamento do ágio é tema amplamente discutido e que em muitos casos o CARF reconhece a dedutibilidade de tais despesas em favor dos contribuinte, inclusive em operações envolvendo as chamadas empresas veículos. Assim, diz ela, trata-se de matéria atualmente controvertida.

Afirma que não basta à autoridade fiscal resumir os fatos relatados nos autos, deve ela apontar condutas concretas e específicas da autuada que justifiquem a qualificação da multa de ofício.

Alega que todos os atos por ela executados e demais partes envolvidas na operação tinham intuito certo: concretizar o negócio de compra e venda entre ele e a “YS”, o que ficou claro desde sempre.

Aduz que simulação não se presume e não se prova por meio de indícios, ela deve ser efetivamente comprovada, sob pena de ser subvertido o fim pretendido pelo legislador ao dispor sobre a interpretação e integração da legislação tributária.

Alega que simulação, por si só, não revela conduta ilícita não sendo suficiente para caracterização das hipóteses elencadas nos art.71 a 73 da lei 4502/64.

Diz ela:

De fato, como já dito, pela simples análise do TVF e dos autos de infração, verifica-se a falta de evidenciação do dolo específico por parte da Impugnante, omissão fiscal que deve ser reconhecida por esta C. Turma Julgadora, haja vista que se trata de uma obrigação / ônus da Fiscalização para possibilitar a aplicação da severa multa de 150%.

Ou seja, a Autoridade Fiscal em momento algum indicou, ou muito menos comprovou, que a Impugnante ou qualquer outra sociedade ou pessoa envolvida nas transações objeto de questionamento teriam, de forma intencional, buscado fraudar o fisco.

E nem poderia ser diferente, já que, como visto, a Impugnante: (i) prestou informações e forneceu todos os documentos solicitados à Fiscalização, sem impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal, bem como (ii) registrou, arquivou e submeteu à análise todos os atos societários nos órgãos de registro competentes.

III.5.1 – Ad Argumentandum – Erro na Interpretação da legislação fiscal

Aduz que no cenário hipotético aventando pela autoridade fiscal, o que teria ocorrido, quando muito, seria um erro na interpretação da legislação fiscal por parte da impugnante, o que não se confunde com a prática de conduta dolosa.

III.5.2- Ad Argumentandum – Da vedação ao Confisco

Alega que por mais grave que seja o ilícito não se justifica a imposição de penalidade que reduza o patrimônio do sujeito passivo de forma desproporcional à infração e que nesse sentido o STF nos autos da ADI-MC 1075 e ADI 551, em sede de repercussão geral julgou constitucional a cobrança moratória de 20%, nos autos do Recurso Extraordinário nº582.461.

Afirma que o STF ratificou seu entendimento de que as multas que superam o percentual de 100% do valor do tributo são confiscatórias e inconstitucionais.

Assim, alega que a multa qualificada aplicada deve ser cancelada ou ao menos reduzida para 75% do valor do tributo supostamente devido.

Pede o sobrestamento deste processo, caso seu pleito não seja atendido, até que seja julgada em sede de Repercussão Geral o Recurso Extraordinário nº736.090, que versa sobre a aplicação da multa no patamar de 150%.

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

Alega que a multa isolada somente pode exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base e como os autos foram lavrados após o encerrado do anos autuados, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL não mais poderiam ser punidas pela exigência da multa isolada.

Afirma também que, ainda que fosse possível tal lançamento, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, o que causaria dupla tributação.

Diz a impugnante:

Isso porque, analisando-se os autos de infração lavrados, é possível constatar que ambas estão sendo exigidas em decorrência de uma única e inseparável infração, de modo que a sua manutenção configura imposição de uma dupla penalidade, o que é inadmissível mesmo após a entrada em vigor da Medida Provisória nº351/2007, que foi convertida na Lei nº 11.488/2007.

Cita a Súmula CARF nº105 e afirma não haver dúvida da impossibilidade da aplicação conjunta da multa isolada com a multa de ofício.

III.7 – Da Impossibilidade de Exigências das Multas em caso de dúvida

Alega que a exigência de valores a título de penalidades não se coaduna com a dúvida e caso neste julgamento não haja unanimidade de votos requer que esta reconheça, ao menos, a impossibilidade de se manter a exigência quanto às multas de ofício e isolada aplicadas nos presentes autos.

[...]

[término do relatório da decisão recorrida]

DA DECISÃO RECORRIDA: VOTO

Afasta a preliminar de nulidade dos lançamentos alegada por conta de eventual erro na matéria tributável, pois não contemplada no art.59 do Decreto 70.235/72, além de que eventual incorreção no valor tido como base de cálculo do lançamento não seria caso de nulidade e sim de correção ou não do crédito tributário. Afasta, também, a aplicação do art.24 da Lei 13.655/2018 (LINDB).

A seguir, após fazer um resumo da Impugnação, já relatoriada, a DRJ passou à análise do mérito:

[...]

Assim, parece estar razoavelmente demonstrado que economicamente o propósito negocial foi somente o de aquisição da empresa aqui autuada, que seria um investimento diverso no Grupo BTG, como bem disse a impugnante.

Entretanto, em análise minuciosa da operação, a evidência de um propósito econômico não confere a existência de propósito negocial que permita, ao final do processo, a incorporação da empresa investidora e consequente aproveitamento do ágio.

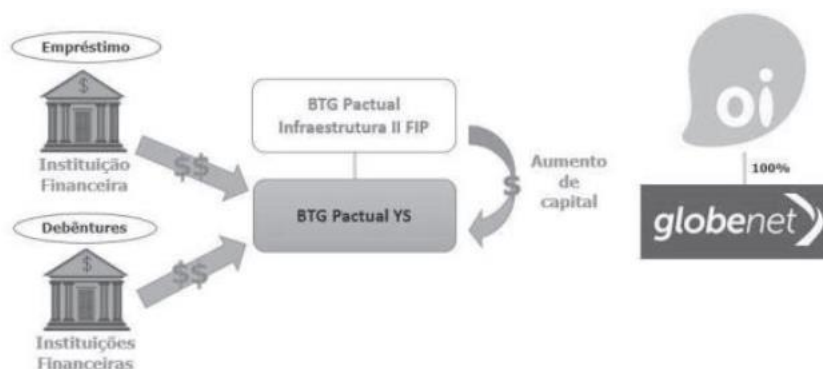
A incorporação da “YS” pela autuada trouxe a possibilidade de amortização do ágio que se encontrava devidamente escriturado no patrimônio daquela empresa.

Mas que incorporação foi esta? chamada por incorporação as avessas, quando a investida incorpora a investidora? não se pode afirmar que houve uma incorporação, vez que na realidade a investidora, aqui denominada autuada, não incorporou nada, a não ser o ágio a ser amortizado, ágio este bilionário e o passivo em forma de empréstimos o que gerou as despesas financeiras provindas dos recursos usados para sua própria aquisição.

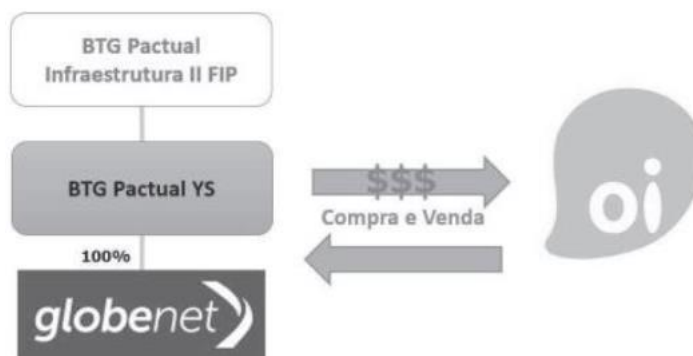
Em momento algum no processo foi suscitada a inexistência do ágio, ele realmente existiu, o que se discute é a legitimidade de sua amortização.

A autuada traz as seguintes imagens para demonstrar a operação:

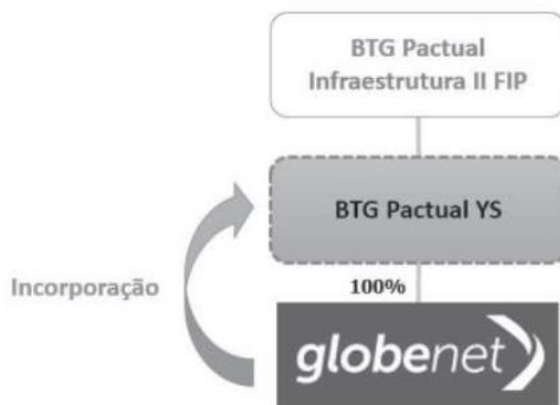
A imagem abaixo demonstra o controle da “YS” pelo FIP que aporta recursos nesta, que também faz a captação de recursos de instituições financeiras com o fim de adquirir 100% das ações da GLOBENET.



Em um segundo momento, a GLOBENET, passa a incorporar o grupo BTG, tendo como sua controladora direta a “YS”.

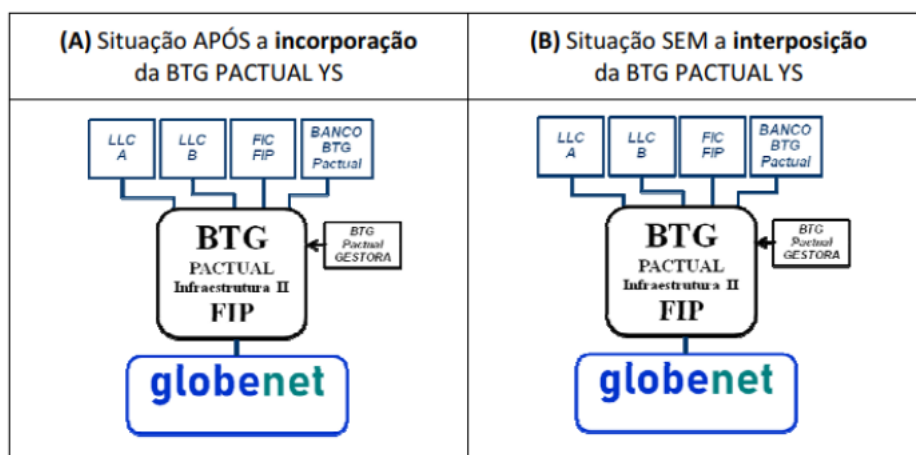


E por último a incorporação da “YS” pela GLOBENET



O fato que não aparece nas imagens acima é a composição do ágio, o ágio foi formado quando da aquisição da atuada pela “YS”, houve realmente a aquisição e houve também o pagamento dos valores, mas não de recursos provindos da “YS” e sim de terceiros, vez que maior parte dos valores foram captados no mercado financeiro.

Toda a operação acima demonstrada tinha a finalidade de se chegar ao resultado abaixo, conforme trouxe a autoridade lançadora, ter a Globenet sob controle direto do FIP:



A finalidade da operação, não a captação de recursos, mas a inclusão da “YS” no processo é para trazer a atuada para o controle do FIP, o que não seria possível sem a participação de outra empresa e como já mencionado anteriormente, os passos foram cuidadosamente verificados levando a transferência do ágio contido na operação para quem tivesse a oportunidade de amortizá-lo.

Pode-se definir empresa veículo (ou de passagem) como a pessoa jurídica utilizada para servir de canal de passagem de um patrimônio, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Esta empresa pode ter existido de fato, ou não, o que não lhe modifica a intenção. Nesta seara também encontra-se definição de sociedades efêmeras como sendo pessoas jurídicas de curta duração constituídas para servirem de empresas veículo. Nasceram para serem extintas tão logo cumpram seu papel em determinada operação. No caso em análise, serviu para aquisição da atuada e passagem do ágio e das obrigações financeiras provindas dos empréstimos e da emissão de debêntures.

Registre-se que a pessoa jurídica goza de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários, entretanto, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

Ao contrário do que alega a atuada, a autoridade lançadora não interviu em seus negócios, a explanação dela passou por todas as etapas do processo a fim de caracterizar e demonstrar que a real adquirente foi o FIP e não a “YS” como quer fazer crer a impugnante.

Para ser levada a cabo a operação de aquisição da atuada os recursos utilizados foram parte próprios, do FIP, e parte de recursos de terceiros, conforme abaixo pode ser visto:

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 autoridade lançadora explica que:

Observe-se que o saldo da conta corrente da empresa era “zero” no dia 16/01/2014, recebeu os créditos (depósitos) de R\$ 255.823.000,00 (debêntures adquiridas pelo Banco Santander), R\$ 370.798.883,17 (debêntures adquiridas pelo Banco Bradesco), R\$ 858.709.200,00 (recebimento do empréstimo do Banco Sumitomo Mitsui), e R\$ 339.259.642,11 (integralização de capital pelo FIP), os quais totalizam o montante de R\$ 1.824.590.725,28. Na mesma data (17/01/2014), a conta recebe três débitos que, somados, totalizam o mesmo montante, resultado na manutenção do saldo “zero” ao final do dia.

Ou seja, a capacidade financeira da “YS” não existia até que a operação de aquisição alavancada fosse definida. Operação esta, demonstrada pela autoridade lançadora, totalmente assegurada pelo FIP, inclusive com condições específicas em contrato conforme trazido no TVF e replicado abaixo:

Em relação ao empréstimo adquirido

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)

A impugnante alega que a “YS” não exerce atividade relacionada a circulação ou produção de bens ou a prestação de serviços, não necessitando de funcionários ou empregados e que diversas de suas atividades eram terceirizadas e posteriormente reembolsadas e que a capacidade econômica e financeira de uma sociedade holding não se baseia nos critérios que buscou analisar o fisco, mas no atingimento de seu objeto social.

Apesar destas alegações, admitir a ausência de funcionários numa empresa que não possui nenhuma atividade relacionada a circulação ou produção de bens é possível, mas até para a atividade de reembolso, que foi somente esta atividade apontada pela impugnante, é necessário serviço de alguém, ainda que este não tenha recebido nada pelos serviços prestados, conforme abaixo descrito pela autoridade lançadora:

Também nos aspectos operacional e econômico constata-se diversas **evidências de sua insignificância**. A BTG PACTUAL “YS” **jamais teve funcionários** (conforme se verifica nas DIRFs, às fls. 2384/2385), **jamais fez**

qualquer pagamento a seus administradores e seus registros contábeis não acusam despesas com locação de imóvel ou com contas de água, luz, telefone ou energia elétrica (vide Subseção 5.3.2, que descreve todas as saídas financeiras da empresa). **Jamais teve fonte própria de renda**, sendo que à exceção do empréstimo e das debêntures, todos os recursos que recebeu provieram do FIP e foram destinados ao investimento na GLOBENET.

A alegação da impugnante de que os valores captados no mercado financeiro para sua aquisição não transitou pelo patrimônio do FIP a meu ver é inócua, vez que sendo o fundo impedido por legislação específica de contrair empréstimo, seria uma controvérsia se os valores passassem pela conta corrente dele e não de outro, como foi feito.

O que levou ao uso da empresa veículo, além da possibilidade real de amortização de um ágio bilionário, foi a vedação regulatória do FIP em contrair empréstimos, sendo assim não vejo o que socorre a impugnante tal afirmação, até porque ela mesma afirma que a opção pela aquisição alavancada foi uma estratégia usada com o intuito de trazer maior retorno aos seus investidores, conforme abaixo reproduzo:

Portanto, a fim de atender às expectativas de seus clientes investidores, cumpria ao FIP buscar meios de atingir a melhor taxa de retorno possível. Nesse contexto, com a alavancagem definida para aquisição em comento, reduziu-se o montante investido pelo BTG Pactual Infraestrutura II FIP na operação, o que, por conseguinte, resultou em um aumento da taxa de retorno obtida, ante à proporção capital investido/dividendos recebidos:

	Patrimônio Investido Aquisição Globenet	Taxa de Retorno Obtida
Sem Alavancagem	US\$ 770 milhões	10,6%
Com Alavancagem	US\$ 154 milhões	24,6%

Veja-se, a partir da aquisição alavancada, o patrimônio do FIP (e, por consequência, os recursos dos investidores) aplicado na operação foi menor, o que, frente a um mesmo resultado operacional da companhia investida (100% do capital social da Globenet), resulta proporcionalmente em uma maior taxa de retorno pelo investimento realizado.

A suposta adquirente não tinha funcionários, isto já foi esclarecido, não teve despesas necessárias ao funcionamento, o que também poderia ser admitido e não tinha diretoria, vez que foi demonstrado pela autoridade lançadora que a diretoria era formada por funcionários do Grupo BTG e que não possuíam qualquer poder decisório na “YS” pois todas as decisões foram tomadas por outros, por fim não tinha autonomia de gestão, uma vez que não participou das decisões tomadas que a levaram a ser adquirente da autuada. Abaixo reproduzo trechos do TVF e que a impugnante não logrou êxito em comprovar o contrário:

Convém observar que assinam a Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 28/07/2014, que deliberou pela incorporação, bem como o Protocolo e Justificação de Incorporação (Anexo I), em nome da BTG PACTUAL “YS”, Gabriel Fernando Barretti e Renato Antonio Secondo Mazzola, cuja atuação será comentada na Subseção 5.3.1.

(...)

Os cinco diretores da BTG PACTUAL “YS” são, na realidade, funcionários remunerados pelas seguintes empresas: BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA (gestora do FIP), BANCO BTG PACTUAL S/A (investidor do FIP), BTG PACTUAL HOLDING S/A (controlador do BANCO BTG PACTUAL S/A), BR PROPERTIES S/A (coligada do BANCO BTG PACTUAL S/A) e BTG PACTUAL CORPORATE SERVICES LTDA, ou seja, todos os membros da Diretoria são funcionários de outras empresas do Grupo BTG Pactual, direta ou indiretamente ligadas ao FIP, conforme se vê no quadro abaixo, cujas informações foram extraídas das DIRFs apresentadas por cada empresa:

(omitido)

Compulsando-se as atas das Assembleias da BTG PACTUAL “YS” (fls. 381 a 460), verifica-se que as deliberações foram sempre tomadas pelos seguintes procuradores, constituídos pelo FIP ou pela Gestora do FIP: Bruno Alexandre Licarião Rocha, CPF nº 278.107.688-08, Bruno Duque Horta Nogueira, CPF nº 284.954.908-89, Gabriel Fernando Barretti, CPF nº 315.565.168-78, e Felipe Nutti Giannattasio, CPF nº 233.039.698-84. Verifica-se, em consulta às DIRFs apresentadas (fls. 2388/2393 e 2399/2402), que os quatro são funcionários do BANCO BTG PACTUAL S/A e da BTG PACTUAL HOLDING S/A.

Analisando-se o Contrato de Empréstimo contraído com o Banco Sumitomo Mitsui, verifica-se que assinam o documento, em nome da BTG PACTUAL “YS”, Gabriel Fernando Barretti e Adrea Di Sarno Neto. Nenhum deles é funcionário remunerado pela BTG PACTUAL “YS”.

Andrea Di Sarno Neto, CPF nº 364.726.748-17, era na ocasião, funcionário remunerado pela empresa BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA (DIRF às fls. 2386/2387) e, a partir da aquisição da GLOBENET pelo Grupo BTG PACTUAL, passa a compor a Diretoria da empresa adquirida (conforme 87ª Alteração e Consolidação do Contrato Social).

Gabriel Fernando Barretti, CPF nº 315.565.168-78, era, na ocasião, diretor remunerado pelo BANCO BTG PACTUAL S/A (DIRF às fls. 2400/2402). Assina diversas atas de assembleias como procurador das empresas BTG PACTUAL “YS”, BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS, e do BTG PACTUAL INFRAESTRUTURA II FIP (e.g. fls. 321/334, 352/371, 422/452), bem como o Protocolo de Incorporação da BTG PACTUAL “YS” (fls. 453 a 459).

Analisando-se a Escritura de Emissão de Debêntures, verificam-se, no item 10.3 (fl. 1368), as pessoas físicas aos cuidados de quem deveriam ser encaminhados os documentos e comunicações em nome da BTG PACTUAL “YS”: Renato Mazzola, Pedro Henrique Fragoso, Andrea Di Sarno, Jon Bisgaier, Gabriel Barretti e Kristian Carneiro Orberg. No Primeiro Aditamento à Escritura (fl. 1310), Renato Mazzola e Gabriel Barretti aparecem novamente como representantes da emissora, na qualidade de procuradores. Nenhum deles, tampouco, é funcionário remunerado pela BTG PACTUAL “YS”.

Como visto a empresa tida como suposta adquirente da autuada na verdade foi uma empresa criada especificamente para intermediação da operação, sem poder decisório, sem executar qualquer ato para concretização do negócio, apesar de aparentemente ser o contrário, sem pessoal, sem diretoria atuante.

Por mais que afirme que a real adquirente é a empresa BTG Pactual “YS” o que se vislumbra nos autos é que o BTG Pactual Infraestrutura II FIP é realmente aquela que adquiriu a empresa aqui impugnante e que por uma vedação regulatória proveniente de legislação específica para seu nicho de atividade se viu impedido de concretizar o negócio.

Com isto e com o conhecimento do ágio bilionário que seria criado, foi decidido pela utilização da empresa veículo que, além de resolver o óbice legal do endividamento, ainda trazia a possibilidade real de amortização do ágio, sem que a verdadeira adquirente (FIP) tivesse que deixar de ser detentora do investimento na GLOBENET.

A amortização do ágio, bem como a discussão acerca de “empresa veículo” foi objeto do Acórdão nº 9101-002.312 — 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, abaixo transcrevo parte do acórdão exarado e adoto aqui as razões expostas:

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

[...]

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA 8.

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

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

(...).

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação,

fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se **o encontro de contas entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.** Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos

pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? **Quem tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a segunda verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como

nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

Assim, fica claro, que sendo o FIP o real adquirente, não se supera a primeira verificação a que o acórdão faz referência, que é o aspecto pessoal, vez que a suposta adquirente posteriormente incorporada era a empresa veículo “YS” não tendo ela qualificação jurídica para fins tributários.

As alegações de que a operação aqui discutida tratou-se na verdade de um planejamento tributário lícito e que toda contribuinte tem a liberdade de fazer suas próprias escolhas negociais encontra sua limitação na legislação tributária.

As reorganizações societárias são escolhas deliberadas da empresa que o fizer, tem objetivos distintos e podem ser feitas da melhor maneira que convier aquela que planeja, entretanto, tais reorganizações ou operações, podem existir no mundo empresarial mas para surtir os efeitos tributários os atos devem estar em consonância com o que determina a legislação.

Assim, das operações lícitas no mundo empresarial podem decorrer vedações legais que impeçam qualquer reflexo tributário, assim, ainda que argumente a contribuinte sobre sua liberdade de escolha e que a operação por ela empreendida teve a necessidade de uma terceira pessoa para sua aquisição, necessário se faz a subsunção do fato a norma, como bem explicado anteriormente, para verificação de seus efeitos tributários, o que ficou claro não ter tido sucesso.

Outro ponto defendido pela impugnante é o Laudo de Avaliação apresentado. Segundo a impugnante o escopo do laudo apresentado não era simplesmente o de “validar o preço que já havia sido negociado entre as partes” como afirma a autoridade Fiscal, mas sim o de realizar detalhada avaliação econômico financeira da Impugnante.

Tal alegação vai ao encontro do dito pela autoridade lançadora em seu relatório “... o que denota, pela cronologia dos fatos, que o laudo de avaliação foi elaborado apenas para corroborar a valoração da quotas da Globenet que já havia sido realizada pelo Grupo BTG Pactual á época da negociação com a OI...”

No meu entendimento, tanto a autoridade fiscal, quanto a impugnante corroboram o mesmo entendimento, o laudo é realmente posterior a transação, sendo que o preço a pagar pela aquisição da impugnante foi definido antes mesmo de começar a operação aqui analisada.

O entendimento da impugnante é de que, mesmo depois da edição da Lei nº12.973/2014, não há a exigência de que o laudo de avaliação seja elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio. Vejamos o que diz a lei mencionada:

"Art 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(...) II - mais ou menos valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

(...)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da

Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação." (g.n.)

O laudo de avaliação, nos casos de reorganizações societárias, servem para dar subsidio e credibilidade a operação de aquisição de uma determinada empresa em preço superior aquele que seu patrimônio registra, assim, o dispositivo acima transcrito, prevê que quando o investimento foi avaliado pelo patrimônio líquido (MEP), por ocasião da aquisição da participação, deverá ser desdobrado o custo em mais ou menos valia (ágio ou deságio) e o custo de aquisição, exatamente como era previsto em legislações anteriores, e que este valor (o da aquisição – custo + mais ou menos valia) deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente.

Assim, se o valor da aquisição deve ser baseado em laudo elaborado por perito independente, não há a menor possibilidade de que ele seja extemporâneo, até porque a contabilidade dos valores do investimento deve ser feito a época dos fatos.

O permissivo contido no dispositivo é de que, tal laudo, possa ser apresentado a RFB e ao Cartório para registro até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação e não que ele seja elaborado após a data aquisição, se fosse esta a intenção do legislador não haveria na lei o “pagamento baseado no laudo elaborado...”.

Quanto a legislação anterior a 2014, de fato não há uma forma prescrita pela legislação para o demonstrativo do ágio pago, nem mesmo que ele seja um laudo, nem tampouco há determinação expressa acerca do momento de sua elaboração.

Contudo, tais fatos, não significam que não existam exigências formais em relação ao demonstrativo exigido pela legislação, até porque, para escrituração contábil do ágio, seu registro estará condicionado à comprovação por meio de documentos idôneos, nos termos do art.9º, §1º, do mesmo Decreto-Lei nº1598/77, a saber:

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

Ou seja, o demonstrativo deverá ser um documento idôneo e que de fato ateste a expectativa de rentabilidade futura, dando suporte ao registro contábil efetuado.

O documento trazido aos autos pela impugnante, contido na folha 2897 do processo, é uma planilha intitulada Project Olívia Financial Model, com várias abas, summary

returns (retornos rápidos), Finacial Projections (projeções financeiras), Valuation (avaliação), IRU Capacity (IRU capacidade), Output (resultado), Financial Covenants (convênios financeiros) e Globenet Consolidated Financial (Globenet Consolidação Financeira).

Ou seja, a planilha demonstra, aparentemente, a análise de viabilidade para aquisição da autuada. O documento não contém nada mais que números e projeções, sendo editável e sem nenhuma data, o que em meu entendimento não faz nenhuma prova a seu favor, além daquela de que foi feito um estudo de viabilidade de aquisição, para que fosse tomada a decisão de comprar ou não a impugnante.

Entretanto, apesar das discussões acerca do documento/laudo de avaliação, o fato é que a autoridade lançadora, apesar dos questionamentos acerca da validade documento apresentado, não questiona o valor do ágio pago, nem tampouco o fundamento do mesmo.

A autoridade lançadora demonstra que com o laudo de avaliação extemporâneo é mais um motivo para caracterizar que a glosada amortização do ágio, aqui discutida, está correta.

Quanto às alegações do duplo aproveitamento do ágio, tanto por parte da autoridade lançadora, quanto por parte da impugnante, o fato é que são situações hipotéticas criadas pela fiscalização, com o intuito de fazer ver que em caso de alienação do investimento pelo FIP haveria uma redução no ganho líquido dos investidores o que geraria uma redução na base de cálculo tributável para fins de apuração do IRPF e no caso da transferência do ágio para a autuada e conseqüente amortização, o lucro líquido a ser distribuído ao FIP será majorado.

Tais hipóteses, como bem dito, são hipotéticas e nada afetam a discussão aqui travada.

A impugnante defende que as despesas financeiras, que foram objeto de glosa no processo em questão, na verdade são despesas necessárias, que como houve a incorporação ela é responsável pelo passivo incorporado, que decorrem de valores que foram de extrema importância para seu desenvolvimento e que preenchem todos os requisitos previstos para serem necessárias. Afirma que sua dedução está amparada no art.374 do RIR/99, que abaixo reproduzo:

"Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):

(...)

II - os juros de empréstimos contraídos **para financiar a aquisição** ou **construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional,** podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados." (g.n.)

O dispositivo acima, que a impugnante afirma ser permissivo para as deduções dos juros aqui discutidas, é empregado nos casos de aplicação de recursos na fase de implantação da empresa, ou em casos de expansão que se implanta uma nova linha de produção, ou ainda no caso de aquisição de participação, mas em todos os casos INCORRIDOS

DURANTE AS FASES DE CONSTRUÇÃO E PRÉ-OPERACIONAL o que não é o caso sob análise.

No perguntas e respostas referente ao preenchimento da declaração de apuração do Lucro Real, a RFB explica que:

009 O que são “despesas pré-operacionais”?

Despesas pré-operacionais são despesas registradas (pagas ou incorridas) durante o período que antecede ao início das operações sociais da empresa, necessárias à sua organização e implantação ou ampliação de seus empreendimentos.

Assim, a aplicação do art.374, como alegado pela impugnante não está correto para os casos de despesas financeiras como as tratadas aqui.

A impugnante defende que as despesas financeiras não estão sujeitas a aplicação do art.299 do RIR/99, como fez a autoridade lançadora e que as despesas decorrem de empréstimos que foram de extrema valia para o desenvolvimento de sua atividade.

Antes de adentrarmos a necessidade das despesas financeiras discutidas, é imperativo fazer uma breve análise da operação que culminou na dedução destas despesas.

O FIP, representando seus investidores, e após um estudo de viabilidade econômica, resolveu pela aquisição da empresa, aqui autuada, antes integrante do grupo OI, através do que o mercado financeiro intitula “aquisição alavancada” que é a compra com recursos próprios e de terceiros, no caso empréstimos e emissão de debêntures.

Para viabilizar a operação, constituiu uma empresa “YS” para que esta representasse a adquirente no processo, após a aquisição da empresa e a operação ter sido completada, a adquirida incorporou a empresa “YS” passando a ser devedora do empréstimo adquirido para sua aquisição.

A operação já foi analisada aqui e, como anteriormente dito, a adquirente da autuada foi o FIP e não “YS”.

Entretanto, o debate agora é outro, é a dedução das despesas provenientes destes empréstimos, em síntese a impugnante defende que sua aquisição pelo Grupo BTG foi de extrema importância para seu desenvolvimento e que as despesas são necessárias exatamente porque financiou tal desenvolvimento.

Contudo, a origem dos recursos que geraram estas despesas financeiras glosadas é o empréstimo adquirido para sua compra, bem como a captação de recursos no mercado através de emissão de debêntures, ou seja, a autuada está pagando juros sobre valores que serviram para sua compra, os valores captados no mercado não foram aplicados nas atividades da impugnante, na verdade foram transferidos para sua antiga controladora o Grupo OI.

A autoridade lançadora fez um breve estudo acerca da necessidade das despesas, abaixo reproduzo:

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

[...]

De 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. Vejamos:

[...]

Assim, fica claro que, para ser necessária a despesa deve estar intrinsecamente ligada a atividade exercida pela empresa, o que não é o caso sob análise, os recursos que geraram as despesas glosadas foram aplicados na aquisição da autuada e não para alavancar as atividades dela, vez que sua adquirente é o FIP, não cabendo assim, a dedução destas despesas na apuração do lucro líquido.

Em relação a CSLL está correta a impugnante ao afirmar que suas exclusões e adições são previstas em ato normativo, entretanto, as mesmas considerações que fizemos para o IRPJ deve ser feita para a contribuição, o empréstimo do qual decorrem as despesas financeiras não foram feitas pela impugnante e sim pelo seu real adquirente, no caso já analisado o FIP, assim, ainda que defenda ter ela assumido o passivo da empresa incorporada, o fato é que como visto, a incorporação foi um último passo de uma operação que visava a transferência do ágio e das obrigações a pagar decorrentes dos empréstimos assumidos para sua aquisição.

Assim, não procedem os argumentos da contribuinte.

Da Qualificação da Multa

Em relação a aplicação da multa qualificada em reorganizações societárias como a aqui discutida, a 1ª Seção de Julgamento/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais enfrentou a matéria no Acórdão nº1401-004.267 na qual abaixo transcrevo e adota as razões como minha forma de decidir:

III – QUALIFICAÇÃO DA MULTA – 150%

Apesar de o brilhante TVF explicar o porquê da aplicação da multa e dizer em várias passagens que a operação foi simulada e que a fiscalização teve dificuldades em entender a formação dos ágios, tenho que a multa qualificada no casos de ágio devem ser vista com muita parcimônia e cautela, não só porque as operações são excessivamente complexas mas principalmente porque na maioria dos casos, a fiscalização somente visualiza o contribuinte inadimplente e fazendo planejamentos tributários ousados e descabidos.

(...)

Entretanto, não se pode olvidar que o dinheiro no tempo tem valor, e muito. As empresas precisam economizar, assim como precisam ser lucrativas, sob pena de perecimento. Pagar sem dever pode levar a empresa a bancarrota, além do que, não há justificativa plausível para esse tipo de atitude no meio empresarial.

Assim, tendo que para que se possa cogitar a possível aplicação da multa de ofício em percentual qualificado, o artigo 44, § 1º da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/07, exige que o contribuinte tenha incorrido em uma das hipóteses descritas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964 (“Lei 4.502/64”), isto é, nos casos de sonegação, fraude ou conluio, respectivamente.

Apesar do bem fundamentado TVF onde se justifica a aplicação da multa e a eventual conduta dolosa da contribuinte, vejo a questão sob um outro prisma. Vejo uma situação em que houve uma reorganização societária, uma aquisição de grandes empresas e a recorrente tentando fazer a operação da forma menos onerosa, o que de per si, não justifica a aplicação da multa qualificada, ao contrário da visão fiscal, conforme abaixo:

(omitido)

Entretanto, apesar de a fiscalização entender que houve a intenção da fraude e que o dolo restou claro, não concordo que houve a prática de atos jurídicos com quaisquer desses vícios.

Ao contrário, os atos societários estão devidamente registrados, os fatos relevantes devidamente noticiados, e a contabilidade da empresa realizada da forma que ela entendeu estar correta.

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de dolo no seu mais puro sentido penal.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento, etc. ou operação societária complexa, prevista no inciso I que vai levar à duplicação da multa.

Se não houver intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido – que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável – não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.

Ora, na medida em se trata de recrudescimento na aplicação de uma sanção, surge a necessidade de se buscar, na conduta que se avalia, elemento subjetivo diferenciado que justifique tal “sobre-apenamento”. A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. Portanto, é razoável supor que a qualificação da multa revista-se da natureza de excepcionalidade. Se da interpretação de tais hipóteses agravantes resulta uma situação reconhecidamente recorrente, ou seja, presente na maioria das situações em que se aplica a sanção, então a qualificação da multa perde a natureza de excepcionalidade, convertendo-se em regra. Ao se identificar o dolo previsto na legislação fiscal com a mera vontade de se obter o resultado, ocorre exatamente essa ampliação, a qual inverte o entendimento

quanto ao caráter excepcional da multa qualificada – metamorfoseando-a em regra.

Para que se evite tal inversão, exige-se uma interpretação mais restritiva de conduta dolosa, que pode ser obtida ao adicionar-lhe – ademais da vontade de se obter o resultado – o claro intuito de enganar/iludir, que vem necessariamente acompanhada da consciência da reprobabilidade da conduta. Sob esse conceito mais restrito, exigem-se elementos que comprovem não apenas que a ação do contribuinte estivesse direcionada à obtenção de um resultado específico (redução no pagamento de tributos), mas que, ademais, estivesse presente a intenção e consciência de se ludibriar e prejudicar terceiro interessado no evento (no caso, o fisco federal).

Assim, tendo por pressuposto que a conduta dolosa é devidamente caracterizada por esse dois elementos (vontade de se obter o resultado e intenção de enganar/ludibriar), constata-se que, no caso em tela, a consciência quanto à subsunção ao tipo legal não foi caracterizada pela autoridade lançadora. O contribuinte, por seu turno, insiste na legalidade de todas as operações, fundamentando sua convicção tanto nos dispositivos legais, que entende suportar os atos praticados, quanto em jurisprudência e doutrina.

Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, suficiente para sustentar a existência interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preenchem a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes. O entendimento da autoridade tributária quanto à ilicitude da operação (ou, mais precisamente, do aproveitamento fiscal do ágio gerado em tais operações) –mostra-se passível de contestação.

Da leitura da peça impugnatória apresentada pelo contribuinte, não se pode refutar a hipótese de que as operações de reorganização tenham sido concebidas e executadas sob a convicção de sua inteira legalidade. Por mais exótica e desprovida de senso econômico que toda a operação possa apresentar (além da óbvia economia tributária), não há regra tributária que conduza clara e inexoravelmente a uma interpretação que considere ilícito o procedimento adotado.

Assim, por considerar que a legislação sobre o tema é confusa e apresenta aspectos controversos suficientes para sustentar posições antagônicas, entendo inaplicável a qualificação da multa de ofício. Em síntese, não se caracterizou de forma concludente uma conduta dolosa, necessária à aplicação da multa qualificada. Não é excessivo repetir: não se trata de afastar a punibilidade decorrente da ilicitude – o que se afasta é o agravamento da sanção.

Por todo o considerado, entendo que para o caso presente cabe a imposição da multa de 75%, prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, sem a qualificação prevista em seu parágrafo 1º.

[...]

Da aplicação da Multa Isolada pela falta de recolhimento de estimativas

Alega a impugnante impossibilidade de aplicação da multa isolada pela falta ou insuficiência do recolhimento de estimativas, após o encerramento do ano base e também pela aplicação dela conjuntamente com a multa de ofício.

A multa isolada está prevista no art. 44, inc. II, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, que por sua vez é resultante da conversão da MP nº351/2007:

[...]

Entretanto, inexistem dúvidas relativamente à atual redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, dada pela Lei nº 11.488/2007, pois neste caso a multa de ofício é de 75% “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento” (inc. I), enquanto a multa isolada é de 50% “sobre o valor do pagamento mensal” a título de estimativa “que deixar de ser efetuado” (inc. II, alínea ‘b’).

A inaplicabilidade da Súmula nº105 com a nova redação do art. 44 é confirmada pela jurisprudência recente do CARF, como por exemplo:

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007. Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007. (Acórdão nº9101-002.387 sessão em 13/07/2016)

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa

de ofício exigida em conjunto com o tributo. (Acórdão nº 1402-002.263 sessão em 09/08/2016)

MULTA ISOLADA. CABIMENTO. Com o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da incidência da multa isolada pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição devidos ao final do respectivo ano-calendário. (Acórdão nº 1201-001.451 sessão em 05/07/2016)

A partir da nova redação dada pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, fica evidente a distinção entre a multa isolada e a multa de ofício proporcional. São duas materialidades distintas: uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Assim, a dupla incidência alegada pela impugnante inexistente.

Quanto a aplicação da multa após o encerramento do ano-base, a multa é uma penalidade prevista em lei, como já anteriormente analisado, o não recolhimento de estimativas, ou a insuficiência de recolhimentos, sujeita a pessoa jurídica a multa isolada, ainda que já se tenha encerrado o ano calendário.

E voltando ao caso de nulidade suscitado pelo impugnante acerca do valor total glosado pela autoridade lançadora das despesas financeiras, a impugnante traz aos autos os mesmos documentos apresentados para a autoridade lançadora durante o procedimento fiscal, abaixo reproduzido:

Verifica-se que reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2014 e 2015, despesas de remuneração de debêntures lançadas no item 3.01.01.09.01.05 e despesas de juros sobre empréstimo no item 3.01.01.09.01.08 da Ficha L300 da ECF. Tais despesas foram lançadas nas contas contábeis 52111013 – DEBENTURES e 52111014 – JUROS S/EMPRESTIMO BANCARIOS da fiscalizada, e totalizam os seguintes montantes, conforme informado pela fiscalizada:

Período de apuração	DESPESAS DE DEBÊNTURES (R\$)	Período de apuração	DESPESAS DE EMPRÉSTIMO (R\$)
AC 2014	37.944.502,30	AC 2014	18.203.904,93
AC 2015	96.740.084,18	AC 2015	66.626.788,98
TOTAL PERÍODO FISCALIZADO	134.684.586,48	TOTAL PERÍODO FISCALIZADO	84.830.693,91

Despesas na Globenet Cabos Submarinos - 2014 - Contabilidade

52111013 DEBENTURES	37.944.502,30
52111014 JUROS S/EMPRESTIMO BANCARIOS	17.645.736,47

Fiscal - ECF 2014 Ficha L300

3.01.01.09.01.05 (-) Despesas de Remuneração de Debêntures	A	6	37.944.502,30	D
3.01.01.09.01.08 (-) Outras Despesas Financeiras	A	6	18.203.904,93	D

Despesas na Globenet Cabos Submarinos - 2015 - Contabilidade

52111013 DEBENTURES	96.740.084,18
52111014 JUROS S/EMPRESTIMO BANCARIOS	47.515.196,25

Fiscal - ECF 2015 Ficha L300

3.01.01.09.01.05 (-) Despesas de Remuneração de Debêntures	A	6	96.740.084,18	D
3.01.01.09.01.08 (-) Outras Despesas Financeiras	A	6	66.626.788,98	D

Os valores lançados em sua ECF é, segundo ela, a totalidade das despesas financeiras do período sob análise incluindo os Juros s/ Empréstimos Bancários, e que regularmente intimada apresentou os valores para a autoridade lançadora de cada uma das despesas, demonstrado no documento acima.

A intimação mencionada refere-se ao Termo de Intimação nº09, emitido pela autoridade lançadora, contido nas folhas 1195/1196 do processo e tem o seguinte teor:

4) Demonstrar a contabilização das despesas que afetaram os resultados contábil e fiscal da empresa Globenet Cabos Submarinos S/A em decorrência das debêntures e do empréstimo assumido, nos anos-calendário de 2014 e 2015;

5) Identificar em qual(is) item(ns) da DIPJ e da ECF (AC 2014 e 2015) foram lançadas as despesas decorrentes das debêntures e do empréstimo acima mencionados, nas empresas BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S/A e Globenet Cabos Submarinos S/A, e apresentar detalhamento do(s) item(ns) nos quais estas despesas houverem sido inseridas.

Conforme pode ser visto no documento anterior, as parte não grifadas atendem ao solicitado no item 04, contabilização das despesas que afetaram o resultado nas contas 52111013 e 52111014, as partes grifadas referem-se a ficha L300 da ECF, atendendo assim ao solicitado no item 05 da intimação.

A autoridade lançadora não fez nenhuma outra intimação a contribuinte para que ela explicasse a totalidade dos valores declarados na ECF a título de despesas financeiras, valores estes maiores que as despesas financeiras defendidas como corretas pela impugnante.

A meu ver cabe razão a impugnante, os valores a serem considerados como despesas financeiras referente aos empréstimos, para o lançamento em questão são R\$17.685.796,47 e R\$47.375.196,25 referente a 2014 e 2015 respectivamente, assim cabe retificação no lançamento, somente nos itens abaixo demonstrado:

Fato Gerador	Valor Apurado	
	De	Para
31/12/2014	R\$18.203.904,93	R\$17.685.796,47
31/12/2015	R\$66.266.788,98	R\$47.375.196,25

O cálculo do lançamento encontra-se logo abaixo.

Assim, pelo exposto julgo pela procedência parcial da impugnação, devendo a multa de ofício ser cobrada no patamar de 75%, nos termos do voto exarado e manutenção do crédito tributário no valor de R\$109.881.724,30 referente ao IRPJ e R\$39.566.060,75 de CSLL.

[...]

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em da decisão recorrida em 09/10/2020, a Interessada apresentou Recurso Voluntário em 09/11/2020, no qual, na sua essência, repete suas alegações trazidas na Impugnação. A seguir algumas passagens dirigidas a determinadas posições assumidas pela decisão recorrida:

Antes de se tratar dos aspectos tributários das operações, insta destacar que, a despeito das tentativas da DRJ de descaracterizar essa situação, deve-se reconhecer que, de fato, a BTG Pactual YS figura como "real adquirente" no caso, por ter *sacrificado seu patrimônio para adquirir o investimento*, enquanto a Globenet é a efetiva **investida** por ser o *efetivo alvo do investimento*.

Neste ponto, é importante salientar que a Turma Julgadora concluiu que o BTG Pactual Infraestrutura II FIP seria o real adquirente da operação sem, contudo, fundamentar tal conclusão. De fato, ao longo do voto recorrido, não se verifica qualquer argumentação no sentido de que o Fundo teria suportado ou garantido a aquisição. Em outras palavras, qualificar a BTG Pactual YS como veículo, como tentou fazer a DRJ, não significa, necessariamente, que o BTG Pactual Infraestrutura II FIP é o real adquirente.

A ausência de fundamentação por parte da Delegacia de Julgamento decorreu, muito provavelmente, do fato de que o desembolso / sacrifício financeiro partiu, sim, da *holding* BTG Pactual YS, na medida em que tais valores, juntamente com o montante captado com a emissão de debêntures e empréstimo bancário (mais de 80% do valor aplicado na aquisição, sem qualquer garantia oferecida pelo FIP), passaram a **constituir seu patrimônio** e, somente após, **foram despendidos** para a aquisição do controle da Globenet. Repita-se: essa situação não foi infirmada pela Turma Julgadora no acórdão recorrido.

[...]

Como se vê, a **Turma Julgadora desconsiderou a participação da aludida sociedade *holding* BTG Pactual YS, e principalmente a efetiva aquisição realizada por esta**, para concluir que a "*confusão patrimonial*" não teria ocorrido, por não ter o evento de incorporação se verificado entre BTG Pactual Infraestrutura II FIP (em sua visão, o "real adquirente") e Globenet (investimento adquirido).

De início, deve-se ressaltar que é descabida a pretensão da Delegacia de Julgamento de coibir o direito da Recorrente à amortização fiscal do ágio, sob a justificativa de que não foi observada a alegada "*confusão patrimonial*" na operação, sendo que este suposto requisito **não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio**.

[...]

Por oportuno, tendo em vista que foi a BTG Pactual YS quem efetivamente realizou a aquisição da Globenet e, portanto, registrou o investimento com ágio (como determinado pela legislação de regência), convém esclarecer que no caso não há qualquer transferência de ágio, como indevidamente sugeriu a DRJ²⁹.

Para que houvesse uma eventual transferência de ágio, seria necessário que o FIP tivesse adquirido diretamente Recorrente e, posteriormente, transferido tais participações à BTG Pactual YS, o que efetivamente não ocorreu.

Ou seja, **não** houve qualquer "**transporte**" de ágio ou **duplicação desse ativo, como se verifica em alguns casos já julgados pelo CARF**. De fato, a "transferência" ou o "transporte" do ágio ocorre **somente** nos casos em que há a integralização de capital em uma terceira companhia (que não a investidora ou a investida) **mediante a conferência das participações societárias adquiridas com o respectivo ágio pago, o que não se coaduna com os fatos em discussão nos presentes autos**.

[...]

Importante ressaltar, ainda, que não cabe ao Fisco **limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes** que visam a melhor forma de gerir seus negócios. Neste caso concreto, é nítido que o caminho adotado para aquisição das operações da Globenet por meio do investimento realizado pela BTG Pactual YS foi escolhido **com base em razões totalmente alheias aos efeitos fiscais**.

Destarte, como demonstrado nos tópicos anteriores, com base em razões de diversas naturezas, tais como comerciais e societárias, vislumbrou-se a necessidade de que a operação em tela fosse concretizada por meio da BTG Pactual YS, a qual realizou a aquisição da Recorrente.

Logo, ao entender de forma diversa, a Turma Julgadora deixa transparecer a simplicidade do argumento que suscita, ao buscar construir sua tese com base na ideia de que o FIP teria estruturado a operação e realizado todo o intenso processo de aquisição da Recorrente, inclusive, com a obtenção de empréstimo e emissão de debêntures, unicamente para se ver "beneficiado" pela amortização do ágio pelo qual efetivamente se pagou.

Conduir da forma como o faz a Delegacia de Julgamento é ignorar totalmente todo o contexto envolvido na aquisição de um novo negócio como a verificada nos presentes autos, com base exclusivamente no interesse arrecadatório, o que, por óbvio, não se pode admitir.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

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

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 INFRAESTUTURA 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 utilizando-se de assertivas do tipo:

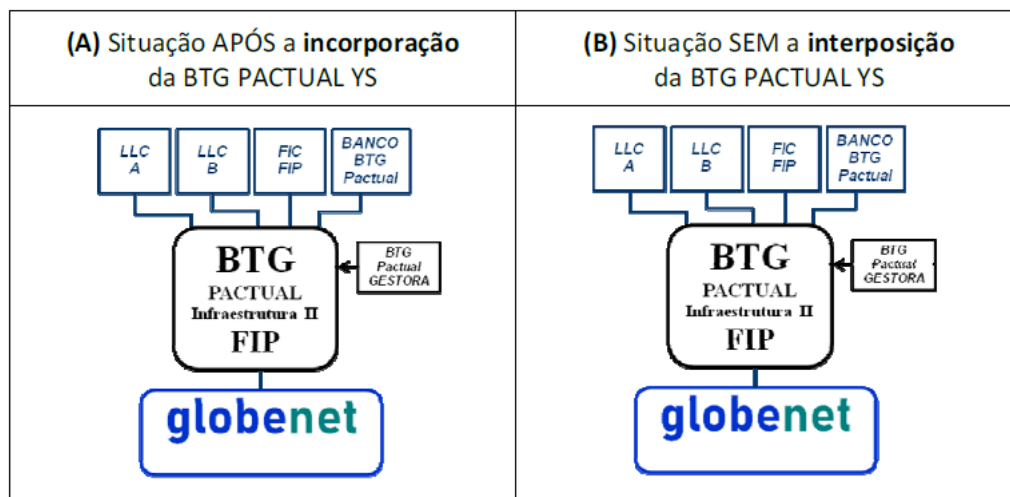
- que sua principal função foi a de servir como canal de passagem ou “conta-caixa” para os recursos que viriam a ser utilizados na aquisição da GLOBENET;

- 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 negocial** 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, reitero que aqui repousa a legitimidade da decisão empresarial e do firme propósito em adquirir a GLOBENET, uma vez que utilizou-se, em grande parte (pouco mais de 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, e aí ultrapassando a tênue linha que delimita a livre iniciativa empresarial, invadindo o espaço próprio das decisões gerenciais, com assertivas do tipo:

1007 190007

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, entendo 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 desconsideração 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, 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).

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 acerca 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 debêntures).

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 que se restabeleçam as despesas glosadas.

DEMAIS INFRAÇÕES

Para as demais infrações apontadas no auto de infração, **itens 7 – da Qualificação da Multa de Ofício**, a DRJ afastou a qualificação, mantendo-a em seu patamar de 75%, razão do **recurso de ofício**, de forma que, tendo em vista o provimento ao recurso voluntário neste voto, fica a multa lançada também totalmente exonerada, daí que fica prejudicado o seu conhecimento.

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, não conhecer do recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano