



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720039/2023-66
ACÓRDÃO	1301-007.589 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de outubro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	TIVIT TERCEIRIZACAO DE PROCESSOS, SERVICOS E TECNOLOGIA S.A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2019, 2020, 2021

ÁGIO. DEDUTIBILIDADE FISCAL. COMPRA ALAVANCADA. LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO

A aquisição de investimentos com formação de ágio e amortização fiscal por incorporação reversa e compra alavancada é legítima quando realizada por Fundo de Investimento em Participações (FIP) e empresa holding sob seu controle, visto a existência de regulamentação impeditiva pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM). O FIP e a holding atuam sob um só comando, de natureza independente da parte vendedora da participação societária, confirmando a legitimidade do negócio empresarial (propósito negocial), cabendo o afastamento de existência de simulação e, por conseguinte, permitindo a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator.

Sala de Sessões, em 10 de outubro de 2024.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso – Relator

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Eduarda Lacerda Kanieski.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face de acórdão da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 09 (DRJ09) que julgou procedente a Impugnação apresentada, exonerando integralmente o crédito tributário.

Por bem sintetizar a controvérsia, adoto parte do Relatório formulado pela DRJ no acórdão recorrido:

Trata o presente processo de lançamento fiscal contra a pessoa jurídica TIVIT TERCEIRIZACAO DE PROCESSOS, SERVICOS E TECNOLOGIA S.A., CNPJ 07.073.027/0001-53, por meio do qual houve a formalização das exigências relativas ao IRPJ e CSLL, dos anos-calendário 2019, 2020 e 2021, acrescidos de multa de ofício qualificada de 150%, bem como glosa de compensação de prejuízo fiscal. Não houve atribuição de responsabilidade tributária nº procedimento fiscal.

Do Procedimento Fiscal e Infrações

Nos Autos de Infração de f. 5394 e ss. e no Termo de Verificação Fiscal de f. 5441 e ss., foram descritas as infrações relativas (i) ao excesso de Juros sobre Capital Próprio(JCP), relativos a valores não adicionados ao Lucro Real; e (ii) à compensação indevida de prejuízo operacional das atividades em geral com o resultado das atividades em geral, por insuficiência de saldo.

O lançamento abrangeu os fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2019 a 2021.

O crédito tributário relativo ao lançamento de ofício encontra-se resumido abaixo:

	Tributo	Juros de Mora	Multa de Ofício	Crédito Tributário
IRPJ (f. 5394)	55.821.530,65	14.424.867,62	75.104.070,93	145.350.469,20
CSLL (f. 5419)	19.619.306,16	5.074.318,73	26.680.131,87	51.373.756,76

AC 2018 A 2021				
PREJUÍZO FISCAL COMPENSADO NA AUTUAÇÃO				
Período de Apuração	Planilha IRPJ	Valor	Planilha CSLL	Valor
01/01/2018 a 31/03/2018	f. 5408	39.236.770,62	f. 5430	39.236.770,62
01/04/2018 a 30/06/2018	f. 5410	37.512.939,10	f. 5431	37.512.939,10
01/07/2018 a 30/09/2018	f. 5412	54.875.737,52	f. 5432	54.875.737,52
01/10/2018 a 31/12/2018	f. 5414	0,00	f. 5433	0,00
01/01/2019 a 31/12/2019	f. 5416	0,00	f. 5434	0,00
01/01/2020 a 31/12/2020	f. 5417	0,00	f. 5435	0,00
01/01/2021 a 31/12/2021	f. 5418	0,00	f. 5436	0,00
Total		131.625.447,24		131.625.447,24

Os fatos e infrações relatados pela autoridade fiscal também foram objetos de outros três lançamentos anteriores, relativos aos períodos de apuração 01/2011 a 03/2014, 04/2014 a 12/2016 e 01/2018 a 03/2018, com constituição de crédito tributário controlado pelos processos administrativos fiscais nº 16561.720.034/2016-74, nº 16561-720.034/2019-17 e nº 17459.720003/2023-82, respectivamente.

O processo nº 17459.720003/2023-82 foi pautado para julgamento nesta mesma sessão.

Nesta autuação a infração principal consiste nas consequências da indedutibilidade fiscal da amortização de ágio fundamento em expectativa futura, realizados em anos anteriores pelos lançamentos fiscais controlados pelos processos nº 16561.720.034/2016-74, nº 16561-720.034/2019-17 e nº 17459.720003/2023-82, e **o reflexo deste crédito tributário constituído no Patrimônio Líquido contabilizado e, por conseguinte, na base de cálculo do Juros sobre Capital Próprio (JCP) dos anos-calendários 2019 a 2021.** Nestes períodos, a contribuinte interrompeu a dedução a amortização do ágio do resultado fiscal, porém permaneceu deduzindo o pagamento dos JCP, em limite superior ao devido, calculados a partir do Patrimônio Líquido afetado pela amortização indevida do ágio efetivado em anos anteriores (2014 a 2019).

Diante do reflexo da glosa da amortização fiscal ágio sobre o cálculo dos JCP, passa-se a relatar as causas para a glosa do ágio pela autoridade fiscal.

A operação que gerou o ágio decorreu da aquisição da empresa TIVIT, até então S/A Aberta, pela empresa **DETHALAS** (Holding não financeira – S/A Fechada), constituída para representar o Fundo de Investimento em Participações (FIP) **APX Brazil**. A APX Brazil, por sua vez, é formada fundos de investimentos estrangeiros BRAHMA, administrados pela Apex Partners.

O processo de aquisição envolveu diversas etapas, concatenadas e planejadas, com assessoria do escritório de advocacia Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, assim sintetizadas:

(1) foram constituídas o FIP APX Brazil, CNPJ 11.709.823/0001-07, e a DETHALAS Empreendimentos e Participações S/A, CNPJ 11.634.820/0001-51, para

representar os investidores estrangeiros no Brasil, em 19/03/2010 e 06/04/2010 (f. 4769), respectivamente;

(2) foram realizados o “Due Diligence” e os laudos com vistas à aquisição da TIVIT;

(3) foi elaborado e celebrado o Contrato de Compra e Venda de Ações dos controladores (CCVA-Controle);

(4) foi preparado e efetivado a Oferta Pública de Ações (OPA) para fechamento do capital, com utilização recursos financeiros próprios e captados por meio de empréstimos e emissão de debêntures; e

(5) foi preparada e encerrada a aquisição da TIVIT pelo FIP APX Brazil, após a incorporação da DETHALAS pela TIVIT, com transferência e amortização do ágio gerado na operação, bem como dos empréstimos tomados pela empresa DETHALAS para a aquisição.

A assinatura do CCVA-Controle, firmado entre os vendedores e a compradora DETHALAS, deu-se em 07/05/2010 e a quitação em 07/06/2010, o fechamento do capital iniciou em 20/12/2010 e encerrando em 02/02/2011, e a incorporação da DETHALAS pela TIVIT ocorreu em 31/03/2011.

A operação de aquisição da TIVIT foi formalizada pela pessoa jurídica DETHALAS, sociedade anônima fechada, com atividade principal de holding de instituições não-financeira. Por sua vez, a DETHALAS é controlada pelo Fundo de Investimento em Participações APX Brazil, “condomínio de investidores” formado por fundos de investimentos estrangeiros, que efetivamente aportou a maior parte dos recursos financeiros necessários para a aquisição da TIVIT.

Assim, a aquisição da participação societária na TIVIT, o ágio decorrente da aquisição da TIVIT, os empréstimos e suas garantias e despesas financeiras foram inicialmente suportadas pela pessoa jurídica DETHALAS e, posteriormente, incorporadas pela TIVIT, sob a nova composição societária.

Para toda esta operação, a autoridade fiscal classificou a incorporação de “simulação” e considerou a DETHALAS “empresa veículo”, bem como “interposta pessoa”, criada unicamente para acumular ágio e despesas financeiras para serem transportadas para empresa investida, a TIVIT.

Fundamentou a glosa da amortização do ágio utilizado pela TIVIT expondo que:

- A empresa DETHALAS possui características de “empresa de gaveta”, atuando como via de passagem de recursos utilizados para aquisição do controle da empresa TIVIT, bem como acumulando empréstimos a fim de viabilizar a aquisição alavancada (“leveraged buyout” – LBO), distorcendo a apuração dos lucros da TIVIT.
- Constituição casuística da DETHALAS, por não possuir atividade operacional.

- Real adquirente seria o Grupo Apax, formado por investidores estrangeiros, que haviam manifestado interesse pela TIVIT, em 2009, quando foi firmado o termo para a análise prévia da empresa (“duo diligence”).
- Idêntica composição de conselho de administração da DETHALAS e da FIP APX Brazil.
- Fluxo de valores para aquisição do investimento carreados da FIP APX Brazil para DETHALAS e, finalmente, para TIVIT.
- Ausência de autonomia e legitimidade da DETHALAS para conduzir a aquisição da participação na TIVIT, tendo os investidores estrangeiros (Fundos BRAHMA administrados pela Apax Partners) e a Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados assumido as decisões e o ônus financeiro das etapas do processo de compra da participação societária na TIVIT.
- Reais adquirentes do controle da TIVIT foram os investidores estruturados sob forma de Fundo de Investimento em Participações, a APX Brazil.
- Vícios na emissão de debêntures pela DETHALAS, para o qual figurou a APX Brazil como **interveniente anuente** do penhor das ações da TIVIT, tendo a autoridade fiscal compreendido que a **garantia real** concedida para a operação (ações da TIVIT) não seria permitida pela CVM, bem como desnecessária a tomada de recursos desta forma, uma vez que os investidores haviam firmado compromisso em adquirir as ações para o fechamento do capital na cláusula 7.05 do CCVA-Controle.

A estes motivos, a autoridade fiscal acrescentou razões relativas à economia tributária para a constituição da DETHALAS, concluindo que a DETHALAS foi criada apenas com o fim de transportar o ágio para amortização do investimento, bem como deduzir as despesas relativas aos empréstimos tomados para a aquisição da participação societária.

A ação fiscal foi sintetizada no Termo de Verificação Fiscal (item 03 do TVF) assim:

“O presente Termo de Verificação Fiscal (TVF), identificou que TIVIT amortizou indevidamente ágio pago em sua própria aquisição, utilizando a controladora interposta DETHALAS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A (doravante denominada DETHALAS), CNPJ: 11.634.820/0001-51.

Verificou-se a ocorrência de **simulação**, em que a **empresa interposta DETHALAS foi utilizada para transportar**, para os livros da Fiscalizada, tanto **o ágio pago em sua própria aquisição**, quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. O transporte se fez pela **incorporação da empresa veículo interposta pela Fiscalizada**. A partir de então, TIVIT passou a reduzir suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização fiscal do ágio e pelos juros e outros encargos incidentes sobre o passivo. **Tal fato redundou no pagamento de Juros sobre Capital Próprio em montante superior ao limite dedutível**. Por fim, a

Fiscalizada promoveu o indevido aproveitamento fiscal de despesas incorridas pela incorporada.

Esta análise, correspondente ao anos-calendário 2019 e 2021, decorre dos procedimentos fiscais RPF nº 08.1.85.00-2013-00171-9, envolvendo o período de 01/2011 a 03/2014, que culminou com o Auto de Infração nº **16561.720.034/2016- 74**, RPF nº 08.1.85.00-2018-00190-3, correspondente ao período de 04/2014 a 12/2016, que culminou no Auto de Infração nº **16561-720.034/2019-17**, e do encerramento parcial do presente RPF, que culminou no Auto de Infração nº **17459- 720.003/2023-82**. A atual lavratura abrange novo período das infrações das autuações anteriores, pois o contribuinte, apesar de ter interrompido (à partir do ano-calendário 2019) a amortização fiscal indevida do ágio pago na aquisição da própria TIVIT, prosseguiu dando continuidade ao pagamento de Juros sobre Capital Próprio (JCP) em montante superior ao limite dedutível, incorreção esta detectada nos citados procedimentos fiscais. Assim, a documentação que segue anexada no início do presente processo (PAF) foi emprestada dos referidos PAFs acima mencionados, tendo sido o contribuinte formalmente notificado desta utilização na presente ação fiscal.

(...)

No período abrangido por este TDPF (assim como nos períodos dos já citados PAFs), no ano-calendário 2018 (AC do prévio encerramento parcial), a Fiscalizada amortizou fiscalmente o ágio gerado na sua própria aquisição. O referido ágio foi amortizado fiscalmente de forma indevida, como consequência de planejamento tributário abusivo, conforme já demonstrado no TVF (Termo de Verificação Fiscal) do encerramento parcial (AC 2018), que será replicado neste TVF para demonstração dos fatos.”

(Destaques do texto original)

Devido à conclusão de que, ao longo dos anos-calendários 2014 a 2018, a empresa amortizou indevidamente o ágio , a autoridade fiscal recalculou a base de cálculo e o limite para dedução das despesas de Juros sobre Capital Próprio, glosando parte substancial deles. Os fatos considerados pela autoridade fiscal se resumem nos pontos a seguir.

- Desconsideração do ágio transportado pela DETHALAS para TIVIT, reduzindo o total do Capital Social e, por consequência, o limite para pagamento dos Juros sobre Capital Próprio.
- Redução das reservas de Lucros pela exclusão do valor total dos tributos constituídos pelos Autos de Infração controlados pelos processos nº 16561.720.034/2016-74, nº 16561.720.034/2019-17 e nº 17459-720.003/2023-82.

Para o lançamento, a autoridade fiscal considerou, em primeiro lugar, os prejuízos fiscais acumulados, reduzindo-os de acordo com os autos de infração

anteriormente lavrados. Para isto considerou as autuações realizadas nos processos nº 16561.720.034/2016-74, nº 16561.720.034/2019-17 e nº 17459-720.003/2023-82, partindo do saldo de prejuízo fiscal operacional e de base de cálculo negativa da CSLL de R\$ 40.291.708,62 e não dos valores registrados na Parte B do LALUR, controlados pela contribuinte (R\$ 574.382.302,89 e R\$ 566.560.595,08, respectivamente).

Houve também aplicação da multa de ofício qualificada (150%), descrevendo a hipótese prevista no inciso VII, §1º do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996. Os fatos qualificadores da multa citam a existência de **ação dolosa** na constituição da DETHALAS para o transporte do ágio a fim de que a operação de aquisição da empresa TIVIT gerasse **benefício tributário de forma ilícita**.

Cita também a existência de **fraude e conluio** entre os representantes da APX Brasil, o escritório de advocacia responsável pela operação de aquisição e reestruturação societária e o Sr. Luiz Roberto Novaes Mattar (Diretor Presidente e Presidente do Conselho de Administração da empresa TIVIT).

Não houve aplicação de responsabilidade tributária, porém a Representação Fiscal para fins Penais foi formalizada pela abertura do processo nº 17459.720043/2023-24.

A íntegra do Termo de Verificação Fiscal encontra-se às f. 5441 e ss.

Inconformada, a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 5.548/5.710), que foi integralmente acolhida pelo acórdão recorrido (fls. 6.130/6.164), ementado da seguinte forma:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2019, 2020, 2021

ÁGIO. DEDUTIBILIDADE FISCAL. COMPRA ALAVANCADA. LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO

A aquisição de investimentos com formação de ágio e amortização fiscal por incorporação reversa e compra alavancada é legítima quando realizada por Fundo de Investimento em Participações (FIP) e empresa holding sob seu controle, visto a existência de regulamentação impeditiva pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM). O FIP e a holding atuam sob um só comando, de natureza independente da parte vendedora da participação societária, confirmando a legitimidade do negócio empresarial (propósito negocial), cabendo o afastamento de existência de simulação e, por conseguinte, permitindo a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio.

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

A definição legal para a base de cálculo dos juros sobre o capital próprio previu os valores contabilizados no Patrimônio Líquido, não sendo permitido adotar critério não previsto em lei.

MULTA DO OFÍCIO QUALIFICADA

Descaracterizadas as hipóteses de qualificação da multa e a própria infração em si, o cancelamento da multa de ofício qualificada é a medida que se impõe.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2019, 2020, 2021

CSLL. LANÇAMENTO REFLEXO

Em se tratando em lançamento reflexo, decorrente dos mesmos fatos e material comprobatório, aplica-se à CSLL as mesmas razões e fundamentos que resultaram no cancelamento do IRPJ.

ÁGIO. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. ADIÇÕES E EXCLUSÕES

A regra geral é de que as normas existentes para a apuração do IRPJ são extensíveis à CSLL, por expressa determinação legal. As exceções à regra geral devem vir expressas na lei e não por via interpretativa de regras contábeis e do Regime de Tributário de Transição (RTT), o qual é vedado ao julgador administrativo, por não estar previsto no art. 111 do CTN.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

O acórdão foi objeto de Recurso de Ofício, com fundamento no art. 34, I, do Decreto nº 70.235/1972 e na Portaria MF nº 2/2023.

A PGFN manifestou-se pelo provimento do recurso, apresentando as suas razões (fls. 6.178 /6.189), em síntese: (i) a Dethalas seria uma empresa veículo, artificial, utilizada para possibilitar a aquisição da Tivit, (ii) não haveria propósito negocial para a utilização de empresa veículo, servindo esta na verdade como uma forma de burlar a norma regulatória proibitiva (IN CVM 391/2003), que impede o FIP de realizar empréstimos, (iii) não caberia a amortização de ágio transferido para a empresa operacional por intermédio de empresa veículo e (iv) não caberia a dedução, pela investida, de encargos de empréstimos firmados pelo verdadeiro adquirente, para efetuar a aquisição da empresa adquirida.

É o relatório.

VOTO

O valor exonerado pelo acórdão recorrido supera o valor definido na Portaria MF nº 2/2023. Assim, deve ser conhecido o Recurso de Ofício.

Como se verifica do acórdão recorrido (fls. 6.130/6.164), a fundamentação adotada se valeu do entendimento desta Turma Ordinária sobre os mesmos fatos, manifestada nos

Acórdãos nº 1301-006.708 e nº 1301-006.709 (PAFs nº 16561.720.034/2016-74 e nº 16561-720.034/2019-17). Naqueles julgamentos, acompanhei integralmente a Relatora, Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, pela legitimidade das operações e cancelamento das glosas realizadas, tendo sido esta a conclusão da maioria do colegiado.

Deste modo, uma vez que o acórdão recorrido se encontra de acordo com a conclusão desta Turma Ordinária sobre as operações, concordo integralmente com as razões manifestadas, que adoto como razão de decidir com fundamento no art. 114, § 12, I, do RICARF e no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999:

Do Mérito

Em razão do julgamento conjunto deste processo e do processo administrativo nº 17459.720.003/2023-82, que tratou da glosa da dedução fiscal da amortização do ágio na aquisição da empresa TIVIT pela empresa DETHALAS e do excesso de Juros sobre o Capital Próprio, reproduz-se neste Voto a mesma fundamentação apresentada naquele processo, haja vista serem idênticos os fatos e os motivos que sustentam a constituição do crédito tributário.

Apesar de não haver neste processo o lançamento fundamentado na glosa da amortização fiscal do ágio, a autoridade fiscal considerou as consequências daqueles lançamentos sobre o Patrimônio Líquido e Reservas de Lucros nos anos-calendários 2019 e 2021, resultando em base de cálculo diversa daquela apurada pela contribuinte em seus livros fiscais.

Assim, torna-se fundamental a análise da possibilidade da dedução fiscal da amortização do ágio antes de se adentrar nas infrações contestadas pela impugnante.

1. Glosa da Amortização de Ágio da Base de Cálculo do IRPJ

1.1. Introdução

Como se observa do relatório, o ponto central da controvérsia reside na utilização da DETHALAS Empreendimento e Participações S/A como intermediária para a aquisição da participação societária na TIVIT pelo Fundo de Investimento em Participações APAX Brazil.

Compreendido que a DETHALAS era de fato necessária à operação de aquisição, tem-se que perderá força probatória, uma vez que a acusação fiscal foi sustentada no argumento de simulação, por ausência de propósito negocial e características de “empresa veículo” e “empresa de gaveta”, por presunção.

A defesa sustenta que a participação da DETHALAS foi necessária no processo aquisitivo em razão da vedação à tomada de empréstimos e concessões de garantia imposta aos Fundos de Investimentos em Participações pelo art. 35 da Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003. Relaciona também motivos de natureza empresarial, tais como, necessidade de agilidade na negociação, tomada de empréstimos, abertura de capital após a OPA, liberdade negocial, aquisição por

alavancagem, afastamento da ingerência fiscal e ausência de planejamento fiscal abusivo.

A Instrução CVM nº 391, de 2003 (vigente à época dos fatos), regula a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações, bem como estabelece determinadas práticas de administração para as companhias fechadas que receberão o aporte de recursos destes fundos. Assim, considerando que o objetivo principal da CVM é estabelecer proteção aos cotistas e/ou acionistas minoritários e a segurança do próprio mercado de valores mobiliários, o art. 35 da instrução citada proíbe determinadas práticas aos administradores dos Fundos de Investimento em Participações, veja:

Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003

DAS VEDAÇÕES

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

I – receber depósito em conta corrente;

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

III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma;

IV – negociar com duplicatas, notas promissórias, excetuadas aquelas de que trata a Instrução CVM no 134, de 1º de novembro de 1990, ou outros títulos não autorizados pela CVM;

V – prometer rendimento predeterminado aos cotistas;

VI – aplicar recursos:

a) no exterior;

b) na aquisição de bens imóveis; e c) na subscrição ou aquisição de ações de sua própria emissão.

(...)Diante deste contexto normativo, no meu entender, a alegação principal apresentada pela impugnante tem relevância, em razão da decisão de financiar parte da aquisição da participação societária por emissão de debêntures. Houve motivação para a interposição da DETHALAS S/A no processo da aquisição da participação societária da TIVIT pelo FIP APAX Brazil.

Feita esta introdução, no item 1.4 deste Voto, serão apresentadas as razões que sustentam o alinhamento desta julgadora com os fundamentos utilizados na condução do Voto em Recurso Voluntário, dos acórdãos nº 1301-006.708 e nº 1301-006.709, processos administrativos fiscais nº 16561.720.034/2016-74 e nº 16561-720.034/2019-17, respectivamente.

No entanto, necessário neste momento um aparte para apresentar o resultado do julgamento ocorrido no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para em

seguida expor os fundamentos da concordância desta relatora com a Decisão por ele proferida.

1.2. Posição da 2ª instância administrativa (CARF). Lançamentos anteriores contra a contribuinte com o mesmo objeto

A amortização do ágio pela contribuinte TIVIT foi objeto de lançamentos anteriores, relativos aos períodos de apuração compreendidos entre os anos-calendários 2011 a 2016, controlados pelos processos administrativos fiscais nº 16561.720.034/2016-74 e nº 16561-720.034/2019-17.

Os dois processos foram julgados em 19/10/2023, pela 1ª Seção de Julgamento/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária. Houve conclusão pela procedência do Recurso Voluntário apresentado pela contribuinte e responsáveis tributários quanto à possibilidade da amortização do ágio pela TIVIT, nos termos previstos no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 10.12.1997.

Os Acórdãos nº 1301-006.708 e nº 1301-006.709, no ponto relativo à infração glosa da amortização do ágio, consideraram procedentes os Recursos Voluntários, por maioria de votos do colegiado composto por 08 conselheiros presentes. A maioria foi formada por 07 votos, no qual foi vencido o conselheiro da Fazenda (suplente), Sr. Fernando Beltcher da Silva.

A decisão favorável à contribuinte foi condensada na Ementa com o seguinte teor:

ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE.

As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo

poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

Nos Fundamentos do Voto, **foram afastados os fatos** utilizados pela autoridade fiscal que apontavam a presunção de **inexistência de propósito negocial** para a criação e utilização da DETHALAS para a condução da aquisição por veículo próprio.

Apresenta-se, então, a síntese dos fundamentos constante dos Votos dos Acórdãos nº 1301-006.708 e nº 1301-006.709, proferidos pelo CARF nos processos administrativos fiscais nº 16561.720.034/2016-74 e nº 16561-720.034/2019-17:

- A aquisição parcial da participação societária por compra alavancada, na qual há a captação de recursos de terceiros, por empréstimos junto a instituições financeiras e emissão de debêntures, possibilita o pagamento destes financiamentos com recursos gerados pela própria investida. A vedação imposta pela CVM aos Fundos de Investimento em Participações torna a constituição da DETHALAS indispensável para efetivar a operação.
- As decisões relativas à gestão estratégica e ao financiamento têm natureza privada, não cabendo ao Fisco interferir, cabendo o afastamento do entendimento de que a APX Brazil deveria aportar o capital necessário para a aquisição do investimento com seus próprios recursos.
- Inexistência de proibição no sistema jurídico atual em optar, entre duas regras tributárias válidas, aquela menos onerosa do ponto de vista fiscal, estando implícito que em qualquer transação há a influência e consideração dos efeitos fiscais para tomada de decisão pelos administradores de qualquer empreendimento. Maximizar o resultado empresarial, por meio de redução de diversos custos e despesas, é o objetivo em qualquer ação empresarial, não devendo a redução tributária desqualificar a ação do administrador de uma entidade com fins lucrativos.
- Ao cumprir os objetivos relativos a aquisição da participação da TIVIT, a DETHALAS cumpre seu objetivo e finalidade, não havendo mais razão para sua manutenção, por razões operacionais (desnecessidade em mantê-la em funcionamento) e razões financeiras (necessidade de gerar fluxo de caixa na investida para gerar os recursos para o pagamento da dívida).
- A duração efêmera da DETHALAS e ausência de funcionários e remuneração de diretores não a qualifica como “empresa veículo”, pois as operações de uma holding financeira divergem de uma indústria. Esta última requer estrutura operacional robusta, enquanto a holding financeira obtém suas receitas de forma passiva, implicando em estrutura operacional mínima.

• As despesas e custos da fase de pré-aquisitiva da investida TIVIT, despendidas pelos cotistas da APX Brazil ou outras empresas representantes do FIP, fazem parte da etapa preparatória da operação de investimento, não desqualificando a atuação da DETHALAS no processo, haja vista que o desembolso efetivo foi realizado pelos fundos estrangeiros (APAX) e a APAX Partners, os investidores diretos e controladores com interesse direto na aquisição da TIVIT. Portanto, estes custos e despesas podem ter efeitos tributários à margem das operações da DETHALAS, haja vista as ações preparatórias iniciadas antes de sua existência, porém não revestem sua constituição de artificialidade, nem afastam sua necessidade para a captação de recursos a fim de que a aquisição fosse concluída.

Extraem-se as palavras da Relatora Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic na Conclusão da exposição dos fundamentos para o cancelamento do lançamento, na parte relativa à glosa da amortização do ágio:

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

1.3. Jurisprudência do CARF. Aquisições por Fundo de Investimentos de Participações. Compra alavancada

A dedução fiscal da amortização do ágio formado no processo aquisitivo por Fundos de Investimentos em Participações por capital estrangeiro, bem como a criação de empresa “holding” sob seu controle, devido à proibição imposta pela CVM à captação de empréstimos por FIP, com incorporação reversa da investidora pela investida e compra “alavancada”, foi debatida e considerada legítima no **Acórdão nº 1401-003.082**, pela 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, em sessão de **22 de janeiro de 2019**, por unanimidade neste tema específico.

Extraem-se as ementas, os fundamentos e conclusões expostas pelo Conselheiro Relator Claudio de Andrade Camerano, no ponto relacionado ao “Ágio T4U”:

“(…)

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando polos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso

se verifique que não se encontrem submetidas a um único pólo de interesses.

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA **ALAVANCADA**. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

(...)

Tratam-se de argumentos que passaram ao largo da questão central, ou seja, afinal, a compra alavancada reúne ou não reúne condições permissivas para a dedução fiscal do **Ágio T4U**? Ou melhor dizendo, a compra alavancada dá o respaldo legal (entenda **propósito comercial**) à incorporação efetivada entre a **T4U** e a Recorrente e, assim, estar contemplada nas disposições do art.386 do RIR/99?

Em meu entendimento, sim. De se mostrar.

A dívida foi efetivamente contraída (reitero que não vislumbrei nos autos questionamentos da autoridade lançadora sobre a forma como que a mesma foi concebida e acordada com os vendedores) e necessária para a realização da aquisição da participação societária representativa de 85% do capital social e votante da Recorrente. Uma significativa parcela do preço pactuado foi objeto de financiamento (no caso, 10 parcelas semestrais, no valor total de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012), podendo-se concluir que o financiamento era peça chave no fechamento do negócio, aí pouco importando se o Grupo Carlyle tinha ou não os recursos financeiros necessários/próprios para realizar a aquisição e se os recursos vieram ou não do exterior.

Temos que nos ater ao que consta nos autos, ao que de fato ocorreu e verificar se, efetivamente, tiveram as repercussões tributárias atribuídas no **TVF**.

Conforme relatoriado, a **T4U Participações S/A** era controlada pelos fundos de investimento FUNDO BRASIL e CTS, geridos pelo Grupo Carlyle, tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da RI HAPPY Brinquedos Ltda.

Seus controladores não poderiam assumir/contrair dívidas, pois a Instrução CVM nº 391, de 16/07/2003 (atualizada), que cuidou da regulamentação do Fundo de Investimentos em Participações, estabelece que é vedado ao

administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo, contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidades estabelecidas pela CVM.

A **T4U Participações S/A** não pode ser considerada uma empresa veículo, nos termos em que afirmado pela autoridade lançadora, entendo que, sim, a sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas. A transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido **propósito comercial** que justifica a existência da **T4U Participações S/A**.

A **T4U Participações S/A** foi, de fato e de direito, a sociedade que adquiriu a participação societária na Recorrente, tendo contraído uma dívida relevante que seria, na visão do Grupo Carlyle, honrada mediante fluxo de caixa gerado pela própria sociedade investida, a Ri Happy, sendo dado garantias aos vendedores por meio de **fiança bancária**, conforme consta no **Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças**, (Contrato de Aquisição da Ri Happy, acostado às fls.404 a 467). Sem a realização da incorporação da **T4U** pela Ri Happy, a dívida estaria no patrimônio da primeira, enquanto que os recursos para seu pagamento estariam no patrimônio da segunda, situação que poderia até perdurar, entretanto, quando se considera os valores envolvidos e seus pagamentos semestrais, atualizações, e reduções de custo de fianças bancárias com o Banco, não seria razoável manter a dívida numa pessoa jurídica e o fluxo de caixa necessário para seu pagamento na outra.

Aqui se verificou a tal "confusão patrimonial", que a autoridade lançadora não admitiu ter ocorrido. Trata-se de uma expressão surgida do encontro patrimonial entre o investidor e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ."

(destaques do original)

Portanto, este lançamento, formalizado em **09/10/2023**, já não se encontrava em consonância com a interpretação dada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para esta situação específica no qual o investidor é um Fundo de Investimento em Participações, utilizando a compra alavancada para que a investida gere parte dos recursos necessários para sua aquisição.

1.4. Simulação. Não ocorrência. Propósito comercial existente

Antes de adentrar nas especificidades deste lançamento, é preciso deixar claro a interpretação desta julgadora sobre a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, nos casos em que a autoridade fiscal aponta a **simulação** e o **planejamento tributário abusivo** como causas para desconsiderar a sequência de fatos jurídicos

realizados conforme os dispositivos do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, Lei nº 9.532, de 1997, e Lei nº 12.973, de 2014.

O ágio é decorrência óbvia em processos de aquisições de participações societárias **saudáveis, viáveis e com potencial de crescimento**, condição principal para que exista investidor(es) disposto(s) a desembolsar seus recursos ou recursos de terceiros sob sua administração.

Para fins de dedutibilidade fiscal, por amortização - o ágio² numa ponta e o ganho de capital em outra - ocorre um equilíbrio fiscal, pois a “mais valia” dá origem à receita tributável no lado vendedor. Logo, o ágio não é apenas um redutor dos lucros e das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, antes disso **ele é a própria base de cálculo do IR**, na ponta vendedora.

Neste sentido, é errôneo torná-lo “vilão” sob o ponto de vista fiscal. Muito pelo contrário, ele permite uma antecipação de recolhimento de imposto de renda, sobre a parcela do ágio que é constituída pela perspectiva de “lucros futuros”, pois ocorre o pagamento antecipado de Imposto de Renda sobre fatos geradores que ocorreriam no futuro, mais especificamente em termos tributários, ao longo de “60 meses”, conforme determinação legal.

E este fato econômico-tributário permite que a União promova bem estar social de forma imediata e antecipada. Portanto, as operações com pagamento de ágio deveriam ser consideradas pelo Fisco muito bem vindas e desejáveis, uma vez que a União antecipa “recebíveis” sem pagamento de juros, como ocorre na emissão de Títulos da Dívida Pública. Além deste fato fiscal, as aquisições de empresas nacionais por capital estrangeiro possibilitam a entrada de divisas e investimentos que colaboram para o incremento da economia interna.

Feitas estas considerações, no entendimento desta julgadora, a avaliação acerca da existência ou não de falsidade, de simulação, de artificialidade ou do abuso no planejamento tributário, deve ser realizada a partir da análise da **negociação por “preço justo”**, o que somente pode ocorrer entre **partes independentes**. Somado a isto há que ser confirmado **o efetivo desembolso dos recursos** para o pagamento do ágio e as consequências relativas à **alteração da gestão na sociedade investida**, após finalizada a reestruturação societária.

Apesar destes conceitos serem relevantes somente a partir da Lei nº 12.973, de 2014, considero-os premissas válidas para a **compreensão subjetiva** da existência de dolo e simulação nas aquisições de participações societárias com reestruturação societária (incorporação, fusão ou cisão).

Estes aspectos tendem a confirmar ou não a possibilidade da dedução fiscal da parcela de amortização do ágio da apuração do IRPJ e da CSLL, pela configuração da ocorrência simulação ou não, por ocasião da reestruturação societária. Digo “tendem”, pois a conclusão definitiva depende do conjunto probatório a ser apresentado pela autoridade fiscal, nos autos do processo administrativo fiscal.

Diante deste contexto, a análise da existência de simulação e da indedutibilidade do ágio passa, no meu entender, pelos seguintes questionamentos:

(a) Quem são os adquirentes da participação societária? Eles representam os mesmos proprietários, controladores, acionistas, sócios?

(b) Como ficou a gestão da participação societária após a reorganização? Houve alteração da governança, do poder decisório na empresa? No caso de sociedades anônimas, houve alteração do Conselho de Administração?

(c) Houve esforço financeiro suportando a operação? Ocorreu o efetivo desembolso de recursos para a aquisição da participação societária com pagamento de ágio?

É compreensível que, por vezes, há dificuldade em comprovar que um determinado sócio/acionista com poder de gestão permanece após a reorganização societária, haja vista as diversas formas jurídicas existentes para “camuflar” sua participação. Porém, esta investigação deve ser enfrentada pelo Fisco, caso entenda que realmente houve simulação e criação de ágio sem substância e propósito negocial, após a reestruturação societária.

Assim, as respostas a este conjunto de fatos conduzem o meu entendimento sobre planejamento tributário com ou sem viés de abusividade, origem ilícita ou lícita do ágio e sua dedutibilidade fiscal ou indedutibilidade fiscal.

No caso apresentado neste processo, a interpretação desta julgadora sobre a existência de simulação diverge da narrativa apresentada no Termo de Verificação Fiscal. E há pontos do processo aquisitivo da participação societária sobre o qual a autoridade fiscal não se manifestou, omitindo fatos, ou, como bem explicado pelo acórdão do CARF, extraindo do fato jurídico interpretação por demais fiscalista.

Não se nega que toda operação - iniciada com a prospecção do investimento e finalizada com a incorporação da DETHALAS pela TIVIT - revela um extenso planejamento, com efeitos negociais, estratégicos, financeiros, administrativos e tributários.

Desta forma, para a verificação da existência de **simulação**, procedi à análise dos investidores/novos acionistas controladores da TIVIT, da origem e do esforço econômico efetivo para o investimento, da natureza jurídica das investidoras (APAX Brazil e DETHALAS) e da nova estruturação acionária (controladores) após a finalização do processo de aquisição.

No presente caso, o Fundo de Investimentos em Participações APAX Brazil e a DETHALAS Empreendimentos e Participações S/A possuem, por via direta e indireta, os mesmos investidores. E, apesar de organizados de forma diversa, o primeiro, um grupo de investidores, sem personalidade jurídica, e o segundo, uma sociedade anônima fechada, pessoa jurídica de direito privado, eles agem sob mesmo comando: os administradores dos Fundos de Investidores Estrangeiros, em favor de seus cotistas.

A carteira de cotistas do FIP APAX Brazil foi apresentada pelo Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, administrador do Fundo, e juntado aos autos às f. 4108 e ss. (Doc 303H). Destaca-se a primeira posição do Fundo em 02/06/2010:



Relatório de Mapa de Movimentos

Todos

Emissão em: 17/03/2015 10:24:01
Período: 01/06/2010 a 16/03/2015

Carteira: 28.964.985 - APX BRAZIL FIP

Valor da Cota: 1.000.000,000000

Data	Cliente	Nome	Data Liq	OP	Tip	For	CPF/CNPJ	TP	ASS	ASS2	IR	IOF	CPMF	Taxas	Valor Líquido	Cliente Transf
Data Solic	Data Ref						Número de Cotas TC		Valor							
02/06/2010	3.868	BRABMA 6-1 SCOTLAND LP					11.748.493/0001-69	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					0,25320		253.197,73			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.869	BRABMA 6-A SCOTLAND LP					11.748.494/0001-03	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					208,04637		208.046.372,41			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.873	BRABMA 7-1 SCOTLAND LP					11.748.495/0001-58	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					8,82169		8.821.677,28			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.870	BRABMA 7-A SCOTLAND LP					11.748.496/0001-00	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					187,88865		187.888.646,99			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.871	BRABMA 7-B SCOTLAND LP					11.748.497/0001-47	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					344,74833		344.748.834,13			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.872	BRABMA 7-C SCOTLAND LP					12.008.323/0001-00	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					93,46234		93.462.342,16			0,00	0,00			0
02/06/2010	3.874	BRABMA US SCOTLAND LP					11.748.499/0001-36	Jur	2	0						
02/06/2010		02/06/2010 A Dlg Doc					40,75076		40.750.764,76			0,00	0,00			0

Para comprovar a efetiva integralização das cotas, o Citibank apresentou os contratos de câmbio que foram anexados ao processo às f. 4044/4107 (Doc 303.A-G).

Assim, os recursos efetivamente vieram do exterior e foram integralizados no FIP APX Brazil (Doc 303-H, f. 4108/4114), em 02/06/2010, que, por sua vez, os transferiu para a DETHALAS, na mesma data, a fim de honrar o fechamento do contrato CCVA-Controlle pelo pagamento das ações dos acionistas controladores, em 07/06/2010 e 09/06/2010. Os detalhes desta operação encontram-se narrados no item 5.2.4 (f. 5463) do TVF.

A mesma conclusão pode ser retirada da aquisição do restante das ações compradas em Ofertas Pública de Ações, ou seja, houve **efetivo desembolso**, não havendo simulação no ato.

Segundo ponto a ser analisado é: Houve alteração da gestão da TIVIT após encerrando o processo de aquisição?

Apesar de o Sr. Flávio Monnerat permanecer como CEO da empresa após a aquisição da TIVIT pela DETHALAS, o controle das ações e das operações da empresa TIVIT foi alterado pela modificação de seu **Conselho de Administração**.

O Conselho de Administração a partir de 09/06/2010 (Ata às f. 418 e ss.) passa a ser composto por 07 Conselheiros, sendo 04 deles membros do conselho de administração da DETHALAS e administradores dos fundos estrangeiros administrados pela APAX Partners LP (f. 3415/3421 e item 1.5 das f. 3134) e 01 conselheiro efetivo independente (Maurizio Mauro). Destaca-se o quadro demonstrativo (f. 3415):

	Jason Aaron Wright	Alexandre de Souza Pellegrini	Ashish Vilas Karandikar	Rohan Haldea	Luiz Roberto Novaes Mattar	Paulo Henrique de Oliveira Santos	Maurizio Mauro
Idade	38	35	31	31	46	50	59
Profissão	Assessor de Investimentos	Assessor de Investimentos	Assessor de Investimentos	Assessor de Investimentos	Empresário	Engenheiro	Administrador
CPF/Passaporte	211398517 (EUA)	462863892 (EUA)	H5979070	Z1962683	072.672.558-76	034.880.428-80	221.898.588-87
Cargo	Conselheiro Efetivo	Conselheiro Efetivo	Conselheiro Efetivo	Conselheiro Efetivo	Presidente do Conselho de Administração	Vice-Presidente do Conselho de Administração	Conselheiro Efetivo Independente
Data de Eleição	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010
Data da Posse	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010	09.06.2010
Prazo do Mandato	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso	Restante do mandato em curso
Outros Cargos	N/A	N/A	N/A	N/A	Diretor Presidente e Diretor Vice-Presidente de TI	N/A	N/A
Eleito por Controlador	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM

Ao analisar os currículos dos 04 representantes da FIP Apax Brazil (f. 3415/3416) constata-se o vínculo deles com o Fundo de Investimento Estrangeiro e atuação em consultoria em investimentos nas áreas de tecnologia e telecomunicações, entre outras competências.

Comprova-se, assim, que houve alteração da composição societária e administrativa, de fato e de direito.

Outro ponto importante e parcialmente esclarecido pela autoridade fiscal diz respeito ao suposto vício na tomada dos empréstimos (na emissão de debêntures). A autoridade fiscal entendeu incorreta a possibilidade de o administrador do FIP APX BRASIL celebrar contratos de penhor e/ou outorga de alienação fiduciária, pois tal atitude burlaria as vedações impostas pela

Instrução CVM nº 391, de 2003, art. 31, inciso III, confirmando a interposição com falsidade/simulação da DETHALAS no processo de aquisição.

Para emissão das debêntures pela DETHALAS houve apresentação de garantias, sob forma de penhor de parte das ações da TIVIT. Para isto o **FIP APX BRAZIL anuiu** com os termos do contrato de penhor concedido pela DETHALAS, **na condição de interveniente e não como devedor** (Doc outros 145, vide contrato de f. 3895 e ss. e f. 3929).

Consta dos autos que, em 16/11/2010, a administradora do FIP APX BRAZIL (Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S. A.) **deu ciência do fato à CVM**, solicitando-lhe a prévia autorização para outorga de garantias, com dispensa do inciso III, do art. 35, da Instrução CVM n 391, de 2003 (Doc 307-B e C, f. 4195/4204).

O processo foi encaminhado ao Colegiado da CVM para apreciação (f. 4198), com indicação favorável à concessão de dispensa (vide item 2.3, f. 4199), veja:

“Tendo em vista que, após a incorporação, o FIP pode vir a ter que outorgar garantias reais para o adimplemento das obrigações referidas no contrato de penhor, solicita-se a dispensa do requisito para que o administrador, em nome do fundo (i) celebre qualquer aditamento ao contrato de penhor,

inclusive para constituir o penhor sobre ações adicionais de emissão da Tivit; e (ii) celebre, em substituição ao contrato de penhor, instrumento particular de constituição de alienação fiduciária de ações de emissão da Tivit.

Ressalta-se que, em 16 de novembro de 2010, os cotistas do Fundo em AGE autorizaram a administradora a celebrar, em nome do fundo, o Contrato de Penhor e no caso de se tornar acionista direto da Tivit, outorgar ações de emissão da Tivit para reforçar o penhor e/ou outorgar a alienação fiduciária de ações de emissão da Tivit.

Ademais, no dia 17 de novembro de 2010, o Comitê de Investimentos do Fundo aprovou o voto favorável à Emissão, anuindo como todos os seus termos e condições.”

Posteriormente, em **08/08/2011**, a CVM expediu o Ofício/CVM/SIN/GIE nº 2091/2011, no qual **deferiu o pedido de dispensa do cumprimento** do inciso III do art. 35 do normativo, ressaltando o seguinte (f. 4204):

OFÍCIO/CVM/SIN/GIE/Nº 2091/2011

Rio de Janeiro, 8 de Agosto de 2011

Ao Senhor
Erick Warner de Carvalho
Citibank DTVM S.A.
Av. Paulista, nº 1.111, 2º andar
01311-920 São Paulo - SP
erick.carvalho@citi.com / citi.administracao@citi.com

Assunto: Dispensa de Requisito Normativo – Processo CVM nº RJ-2011-3536

Prezado Senhor,

Reportamo-nos ao pedido de dispensa do cumprimento do art. 35, inciso III, da Instrução CVM nº 391/03, formulado no âmbito das operações do APX Brazil FIP.

A propósito, comunicamos que o Colegiado desta CVM, em reunião realizada em 28/6/2011, deliberou deferir o pleito, observado que a dação de ativos do fundo em garantia possui as seguintes condicionantes:

- (i) Aprovação da totalidade dos cotistas reunidos em assembleia geral; e
- (ii) Adoção de providências, pelo administrador, destinadas a assegurar que os eventuais adquirentes de cotas no mercado secundário atestem sua ciência sobre o gravame que incide sobre o patrimônio do fundo anteriormente à sua aceitação no mesmo.

Alertamos, por oportuno, que a dispensa ora concedida contempla apenas os casos concretos submetidos à análise desta Comissão, não sendo extensível a outras operações do fundo.

Finalmente, informamos que a íntegra da referida decisão do Colegiado encontra-se disponível para consulta na página eletrônica desta autarquia – www.cvm.gov.br.

Portanto, a outorga de garantias pela DETHALAS com anuência da APX BRAZIL não poderia ter sido considerada vício. Menos ainda ter sido considerada fato a confirmar a existência de simulação, como fez crer a autoridade fiscal.

Esclarecendo ainda melhor este ponto.

Há que ser estabelecida a diferença entre aquele que assume a dívida (devedor, responsável pelo pagamento do empréstimo), daquele que oferece garantias pela operação de tomada de crédito (garantidor ou fiador, figura secundária na tomada do empréstimo). O segundo somente será chamado para liquidar o débito, caso a dívida não seja paga. No caso, o penhor sobre as ações da TIVIT limita e garante a dívida contraída, sem perder de vista que, quanto mais consistente e maior liquidez possuir a garantia, menor a taxa de juros, uma vez que há a diminuição do risco de inadimplência.

Logo, além de a anuência da APX Brazil quanto à penhora das ações da TIVIT na emissão de debêntures não configurar fato jurídico que sustente existência de simulação, **houve propósito negocial, financeiro e econômico** nesta operação de tomada de empréstimo com a concessão de garantia.

Por fim, aponta-se o último equívoco na narrativa fiscal dos fatos expostos no Termo de Verificação Fiscal. Trata-se da compreensão da natureza jurídica dos Fundos de Investimentos em Participações Societárias (APX Brazil).

A autoridade fiscal, ao analisar o “real adquirente” da empresa TIVIT, expressa o entendimento de que a APX Brazil deveria adquirir diretamente a participação societária na empresa TIVIT, não aceitando os argumentos apresentados pela empresa que justificavam a criação da empresa DETHALAS (agilidade na negociação que envolveria diversas etapas e vedação da CVM aos fundos de investimento para tomada de empréstimos).

Parte da incompreensão da autoridade fiscal refere-se à interpretação de que um Fundo de Investimento em Participações teria as mesmas características de uma sociedade de responsabilidade limitada e dotada de personalidade jurídica e, desta forma, poderia efetivar a aquisição da TIVIT sem a utilização da empresa DETHALAS.

Em **07/05/2010**, data da celebração do CCVA Controle, **não havia definição legal sobre a natureza jurídica de um Fundo de Investimento em Participações** e uma parte da doutrina e jurisprudência entendia que tais fundos seriam uma espécie de “condomínio de investidores” e, desta forma, regido pelos artigos 1.314 ao 1358-A do Código Civil, gerando incertezas quanto à responsabilidade solidária e o alcance do patrimônio particular dos investidores do FIP.

Somente com a Lei nº 13.874, publicada em DOU em **19 de dezembro de 2019** (MP nº 881, de **30 de abril de 2019**), houve uma melhor compreensão da natureza jurídica dos Fundos de Investimento, veja:

Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“CAPÍTULO X

DO FUNDO DE INVESTIMENTO

‘Art. 1.368-C. **O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial**, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.

§ 1º **Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.3143 ao 1.358-A deste Código.**

§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo.

§ 3º O registro dos regulamentos dos fundos de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários é condição suficiente para garantir a sua publicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros.’

‘Art. 1.368-D. **O regulamento do fundo de investimento poderá**, observado o disposto na regulamentação a que se refere o § 2º do art. 1.368-C desta Lei, estabelecer:

I - a limitação da responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas;

II - **a limitação da responsabilidade**, bem como parâmetros de sua aferição, **dos prestadores de serviços do fundo de investimento, perante o condomínio e entre si**, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade; e

III - **classes de cotas com direitos e obrigações distintos**, com possibilidade de **constituir patrimônio segregado para cada classe**.

§ 1º **A adoção da responsabilidade limitada por fundo de investimento constituído sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos ocorridos após a respectiva mudança em seu regulamento.**

§ 2º **A avaliação de responsabilidade dos prestadores de serviço** deverá levar sempre em **consideração os riscos inerentes às aplicações** nos mercados de atuação do fundo de investimento e a natureza de obrigação de meio de seus serviços.

§ 3º **O patrimônio segregado** referido no inciso III do caput deste artigo só responderá por obrigações vinculadas à classe respectiva, nos termos do regulamento.’

‘Art. 1.368-E. **Os fundos de investimento respondem diretamente pelas obrigações legais e contratuais por eles assumidas**, e os prestadores de serviço não respondem por essas obrigações, mas respondem pelos prejuízos que causarem quando procederem com dolo ou má-fé.

§ 1º Se o fundo de investimento com limitação de responsabilidade não possuir patrimônio suficiente para responder por suas dívidas, aplicam-se as regras de insolvência previstas nos arts. 955 a 965 deste Código.

§ 2º A insolvência pode ser requerida judicialmente por credores, por deliberação própria dos cotistas do fundo de investimento, nos termos de seu regulamento, ou pela Comissão de Valores Mobiliários.’

‘Art. 1.368-F. O fundo de investimento constituído por lei específica e regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários deverá, no que couber, seguir as disposições deste Capítulo.’”

E, a despeito das definições trazidas pela lei, ainda persistem discussões na doutrina sobre as características dos FIP em relação a uma sociedade com personalidade jurídica, contudo não é o caso apresentá-las aqui neste Voto.

Desta forma, em 2010, existiam discussões jurídicas acerca do alcance da responsabilidade dos investidores/cotistas de um Fundo de Investimento em Participações que, no meu entender, poderiam sim motivar a constituição da DETHALAS como uma “empresa meio” a fim de que a aquisição fosse ser cercada de segurança, assim como pudesse ser concretizada a tomada de empréstimos ou financiamentos para a aquisição da TIVIT e as determinações da CVM observadas e cumpridas.

Diante deste contexto, não se pode extrair dos fatos a existência de simulação no processo de aquisição, uma vez que:

- i. as diretrizes e os resultados da TIVIT passaram a ser ditados pelos novos acionistas;
- ii. o ágio formado por “preço justo” e entre partes independentes;
- iii. a DETHALAS atuou em nome dos investidores, com existência justificada, considerada a vedação imposta pela CVM aos Fundos de Investimentos em Participações;
- iv. a anuência de garantia pela APX Brazil não se presta a confirmar existência de simulação, pois houve confirmação da operação pela CVM, além de gerar redução de despesas financeiras;
- v. o contexto jurídico da época dos fatos (2010) trazia insegurança quanto ao alcance da responsabilidade dos cotistas dos Fundos de Investimentos em Participações pelas obrigações e dívidas da investida.

Em face do exposto, conclui-se pela dedutibilidade fiscal da amortização do ágio e pela legalidade e legitimidade da reestruturação societária, não havendo que se falar em simulação ou ausência de propósito negocial, devendo ser cancelado o lançamento de IRPJ e CSLL e seus acessórios.

2. Juros sobre Capital Próprio. Alteração da base de cálculo e limite, por consequência da glosa do ágio

Como visto no relatório, a glosa da dedução fiscal do ágio e o crédito tributário constituído pelos Autos de Infração controlados pelos processos nº

16561.720.034/2016-74, e 16561-720.034/2019-17 motivaram a autoridade fiscal a recalcular o Patrimônio Líquido e as Reservas de Lucros, reduzindo a base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.

Os ajustes realizados consideraram a exclusão do aumento de capital ocorrido pela incorporação da DETHALAS (f. 5515, quadro 23, R\$ 920.616.809,59) e diminuição do crédito tributário constituído do saldo constante da Reservas de Lucros (f. 5524, quadro 33, R\$ 128.545.970,28 e R\$ 96.124.244,89).

Assim, a autoridade fiscal recalculou o Patrimônio Líquido para cada ano-calendário, conforme as informações abaixo extraídas do TVF:

(a) AC 2019 (f. 5525, quadro 34):

2303010001	LUCROS E PREJUÍZOS ACUMULADOS	(25.416,55)
	JCP	57.330,28
	Resultado do Período	-
	Resultado do Período	-
	Resultados abrangentes acumulado	20.327,78
2302020005	AJUSTE DE TRADUÇÃO	20.327,78
	Total do Patrimônio Líquido	1.131.433,66
	PL Lei 12.973	1.075.549.712,69
	(-) Tributos apurados a menor de 01/2011 a 03/2014	(128.545.970,28)
	(-) Tributos apurados a menor de 04/2014 a 12/2016	(96.124.244,89)
	(-) Aumento do Capital Social na incorporação da DETHALAS	(920.616.809,59)
	(=) Patrimônio Líquido Efetivo para Cálculo JCP 2019	(69.737.312,07)

Quadro 34: Patrimônio Líquido efetivo para cálculo do JCP AC 2019

(b) AC 2020 (f. 5526, quadro 35):

2.03.02.03.06	2302020003	RESERVAS DE RETENÇÃO DE LUCROS	Reservas de lucros	-	56.618
2.03.04.01.01		Lucros acumulados 2019	Reservas de Lucros		86.217
			Resultado do exercício		
2.03.02.03.99	2302020010	TRANSAÇÕES COM SOCIOS	Transações com Sócios		
2.03.03.01.06	2302020005	AJUSTE DE TRADUÇÃO	Resultado abrangente acumulado		-
			Total do patrimônio líquido		1.173.506.297,81
			(-) Tributos apurados a menor de 01/2011 a 03/2014		(128.545.970,28)
			(-) Tributos apurados a menor de 04/2014 a 12/2016		(96.124.244,89)
			(-) Aumento do Capital Social na incorporação da DETHALAS		(920.616.809,59)
			(=) Patrimônio Líquido Efetivo para Cálculo JCP 2020		28.219.273,05

Quadro 35: Patrimônio Líquido efetivo para cálculo do JCP AC 2020

(c) AC 2021 (f. 5526, quadro 36):

2303010001	Reservas de lucros		185.878
2303010003	Reservas de lucros	-	2.587
			-
2302020001	Reserva legal		43.829
	Resultado do exercício		
	Minoritários		
	Transações com Sócios		
	Resultado abrangente acumulado		
Total do patrimônio líquido S/ Result. Ex.			1.287.327.237
Total do patrimônio líquido			1.287.327.236,79
(-) Tributos apurados a menor de 01/2011 a 03/2014			(128.545.970,28)
(-) Tributos apurados a menor de 04/2014 a 12/2016			(96.124.244,89)
(-) Aumento do Capital Social na incorporação da DETHALAS			(920.616.809,59)
(=) Patrimônio Líquido Efetivo para Cálculo JCP 2021			142.040.212,03

Quadro 36: Patrimônio Líquido efetivo para cálculo do JCP AC 2021

Inconformada com esta interpretação fiscal, a impugnante reclama que, dentre outros argumentos ligados à legalidade e à legitimidade do ágio, o lançamento deve observar os dados eminentemente contábeis, extraídos das demonstrações financeiras da contribuinte.

Vejamos, então, o que diz a legislação. Extraí-se o dispositivo legal que fixa o limite de dedutibilidade fiscal para despesas de Juros sobre Capital Próprio:

Lei nº 9.249, de 1995

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, **calculados sobre as contas do patrimônio líquido** e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996)

(...)

§ 8º Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, serão consideradas exclusivamente as seguintes **contas do patrimônio líquido**: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - capital social;(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - reservas de capital;(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - reservas de lucros;(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

IV - ações em tesouraria; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

V - prejuízos acumulados.(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 12. **Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, a conta capital social**, prevista no inciso I do § 8º deste artigo, **inclui todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial.

Veja que o texto legal, tanto no caput, quanto no § 12, explicita que devem ser consideradas as **contas do Patrimônio Líquido**, incluindo **todas as espécies de ações** previstas no art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976.

Portanto, a lei ampara os **valores contábeis** que resultaram da incorporação da empresa DETHALAS pela TIVIT.

Considerando que a DETHALAS detinha as ações ordinárias e preferenciais da TIVIT, no meu entender, é suficiente claro o comando legal de que o valor integral pago pela DETHALAS pelas ações da TIVIT integram o Patrimônio Líquido e a base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio, nos anos-calendários de 2019 a 2021.

Quanto aos valores relativos ao crédito tributário objeto dos processos administrativos fiscais nº 16561.720.034/2016-74, e 16561-720.034/2019-17, independente do resultado do julgamento já prolatado pelo CARF no âmbito destes processos, somente poderiam ser considerados redutores das Reservas de Lucros, **no exercício financeiro correspondente ao trânsito em julgado administrativo e decisão favorável à Fazenda**, quando de forma efetiva seriam considerados incorridos e contabilizado, em respeito aos princípios contábeis e ao efeito suspensivo originado pela interposição da impugnação e dos recursos voluntário e especial.

De toda forma, tendo em vista que este Voto conduz à conclusão da possibilidade da dedução da parcela do ágio formado no processo de aquisição da TIVIT e que o CARF decidiu de forma favorável aos recursos voluntários nos processos nº 16561.720.034/2016-74 e nº 16561.720.034/2019-17, temos que o Patrimônio Líquido permanece como originalmente contabilizado, dando lastro às despesas de Juros sobre o Capital Próprio.

Logo, é **procedente o pleito da contribuinte** em relação a esta infração, devendo ser **cancelado o lançamento de IRPJ e CSLL**, bem como os reflexos nos juros de mora e na multa de ofício e na recomposição do prejuízo fiscal de IRPJ e da base negativa de CSLL.

Veja-se que os fundamentos adotados abordaram expressamente as questões contidas nas razões ao Recurso de Ofício apresentadas pela PGFN, concluindo pela sua rejeição.

Canceladas integralmente as autuações, ficam prejudicadas as alegações envolvendo (i) a ausência de previsão legal para a adição das parcelas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL e (ii) demais argumentos subsidiários.

Diante do exposto, conheço o Recurso de Ofício e lhe nego provimento.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso