



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.744590/2019-78
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-006.188 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2023
Recorrentes BRINOX METALÚRGICA S/A
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. A LEI 9.532/97

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. INFRAÇÃO À LEI. EXCESSO DE PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não caracterizada a existência de interesse comum no fato gerador entre terceiras pessoas e a autuada, bem como não comprovado infringência a dispositivos de lei

ou atos praticados com excesso de poderes, nos termos dos arts. 124 e 135 do CTN, é de se manter a exclusão da responsabilização tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário; vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior, Fábio de Tarsis Gama Cordeiro e José Eduardo Genero Serra, que davam parcial provimento ao recurso, para exonerar a qualificação da multa de ofício e para exonerar a imputação de responsabilidade tributária. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy José Gomes de Albuquerque, José Eduardo Genero Serra, Alexandre Evaristo Pinto, Lucas Issa Halah e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recursos voluntários (e contrarrazões ao recurso de ofício) do contribuinte e responsáveis solidários, efls. 3315/3798, contra acórdão da DRJ, (efls. (efls. 5695/6701), bem como razões apresentadas pela Fazenda Nacional ao acórdão combatido, que julgou procedentes em parte as impugnações administrativas do contribuinte e responsáveis solidários, contra lançamentos relativos ao ano calendário de 2013, e que geraram autuação de IRPJ e CSLL, acrescidas de multa de ofício qualificada de 150%, multa isolada de 50% e acréscimos legais.

Para síntese dos fatos, reproduzo o relatório do acórdão combatido:

Trata o presente processo de impugnação aos Autos de Infração, a seguir discriminados, lavrados contra a BRINOX METALÚRGICA S/A, acima identificada, e demais sujeitos passivos adiante discriminados, na qualidade de responsáveis tributários de direito (Demonstrativo de Responsáveis Tributários – fls. 1361/1364 e 1377/1380), para formalização e cobrança do crédito tributário neles estipulados, no valor total de R\$ 30.887.342,76, incluindo a multa de ofício proporcional (150%), multa exigida isoladamente (50%) e os juros de mora (calculados até 11/2019):

a) **Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ - 2917) - Lucro Real** (fls. 1357/1371):

Total do Crédito Tributário: R\$ 23.074.496,86, sendo R\$ 6.349.034,25, a título de IRPJ; R\$ 3.625.298,55, a título de juros de mora calculados até 11/2019; R\$ 9.523.551,37, a título de multa proporcional (150%); e R\$ 3.576.612,69, a título de multa exigida isoladamente;

Fatos Geradores: 31/12/2013 (infração 001); 31/12/2013 (infração 002); e 31/01/2013 a 31/12/2013 (infração 003) ;

Enquadramento legal: (001) CUSTOS DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS. DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS: art. 3º da Lei nº 9.249/95, e arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/99; EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. EXCLUSÕES INDEVIDAS: art. 3º da Lei nº 9.249/95, e art. 247 do RIR/99; (003) MULTA OU JUROS ISOLADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA: arts 222 e 843 do RIR/99; art. 44,inciso II. alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

b) Contribuição Social (CSLL - 2973) (fls. 1373/1386)

Total do Crédito Tributário: R\$ 7.812.845,90, sendo R\$ 2.145.691,20, a título de CSLL; R\$ 1.225.189,67, a título de juros de mora calculados até 11/2019; R\$ 3.218.536,80, a título de multa proporcional (150%); e R\$ 1.223.428,23, a título de multa exigida isoladamente;

Fatos Geradores: 31/12/2013 (infração 001); 31/12/2013 (infração 002); e 31/01/2013 a 31/12/2013 (infração 003);

Enquadramento legal: (001) CUSTOS DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS. CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS: art. 2º da Lei nº 7.689, de 15/12/1988, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990; art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065, de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715, de 2012; (002) EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE E CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL. EXCLUSÕES INDEVIDAS: art. 2º da Lei nº 7.689, de 15/12/1988, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990; art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065, de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715, de 2012; (003) MULTA OU JUROS ISOLADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA: art. 44,inciso II. alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715, de 2012.

1.1. A ciência da autuação à interessada e aos responsáveis tributários conforme datas discriminadas na tabela abaixo:

Nome do Sujeito Passivo	CNPJ/CPF	Qualidade	Art.CTN	Data Ciência	fls.	Meio
Brinox Metalúrgica Ltda	92.038.108/0001-91	contribuinte	art.121,§ único, I	12/11/2019	1518	A.R.
Norberto Oscar Monta	234.944.738-38	resp.solidário	arts.124, I e135, III	18/12/2019	1525	Editai
Horácio Reyes Travers	234.966.798-75	resp.solidário	arts.124, I e135, III	18/12/2019	1532	Editai
Raul Francisco Sotomayor Valenzuela	236.412.338-01	resp.solidário	arts.124, I e135, III	12/11/2019	1537	A.R.
Angel Jose Uribe	232.994.808-55	resp.solidário	arts.124, I e135, III	12/11/2019	1542	A.R.
Rodrigo Lowndes	992.156.917-15	resp.solidário	arts.124, I e135, III	12/11/2019	1547	A.R.
Diego Stark	264.431.658-88	resp.solidário	arts.124, I e135, III	12/11/2019	1552	A.R.
Julio Moura Neto	468.948.027-34	resp.solidário	arts.124, I e135, III	12/11/2019	1557	A.R.
Christian Emilio Hartenstein	234.836.138-61	resp.solidário	arts.124, I e135, III	18/12/2019	1565	Editai
Everaldo Luiz Boschetti	502.795.800-53	resp.solidário	arts.124, I e135, III	18/12/2019	1572	Editai
Ricardo Herber	378.604.880-00	resp.solidário	arts.124, I e135, III	27/11/2019	1577	A.R.
Southern Cross do Brasil Admin. de Recurs	09.290.333/0001-77	resp.solidário	arts.124, I	12/11/2019	1582	A.R.
Rio Jani Participações S/A	13.008.397/0001-00	resp.solidário	arts.124, I	12/11/2019	1587	A.R.

2. No Relatório de fls. 1391 a 1513, a autoridade fiscal, em considerações iniciais, informa que a auditoria, iniciada em 28/03/2019, (i) teve como *escopo a verificação dos procedimentos societários e fiscais adotados pelo CONTRIBUINTE em relação a amortização contábil de ágio oriundo de investimento em capital de outra empresa, bem como de despesas financeiras correlacionadas, e os seus respectivos reflexos na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL*; e (ii) *é uma extensão dos mesmos fatos cujos reflexos afetaram outros anos-calendários, uma vez que o CONTRIBUINTE, embora*

autuado anteriormente [Processos Administrativos n.ºs 11080.729510/2016-10 e 11080.733632/2017-83], continuou deduzindo a amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

2.1. Sob o tópico “Fatos da Constituição do Crédito”, a autoridade fiscal discorre primeiramente sobre a “**4.1. Reorganização Societária objeto da análise da presente autuação**”, expondo que:

- a contribuinte BRINOX METALÚRGICA S/A, iniciou suas atividades em 08/03/1988, estando estabelecida no município de Caxias do Sul/RS, estando assim descrito o seu objeto social, segundo o artigo 3º de seu estatuto social: “*A Companhia tem por objeto social indústria, comércio, importação e exportação de utilidades domésticas, faqueiros, peças de cutelaria, painéis, tesouras, lixeiras, acessórios para banheiro, cubas, pias, lavatórios, móveis e artigos de decoração em aço inoxidável, latão, alumínio, alpaca, ferro, plástico, acrílico, madeira, vidros e demais matérias primas disponíveis no mercado*”

- *A partir do ano de 2011, a empresa passou por uma reorganização societária, envolvendo a cisão parcial de seu patrimônio, entrada de novos sócios e a sucessão por incorporação de outras sociedades;*

- Conforme “Protocolo de Cisão Parcial de sociedade e Justificativa”, datado de 15/04/2011 (Registrado na JUCERGS em 19/05/2011), ocorreu uma cisão parcial em que parte do patrimônio (valor de R\$ 15.987.477,46) da interessada foi vertido para BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA (CNPJ nº 06.912.274/0001-33), sendo que o patrimônio vertido refere-se ao imóvel que abriga a sede da empresa cindida, compreendendo a terrenos, prédios, instalações e construções em andamento, avaliados na época pelo custo dos bens, conforme demonstrações contábeis elaboradas em 31/03/2011, com montante apurado em R\$ 15.987.477,46;

- não houve qualquer mudança para a empresa cindida em relação ao local da sua sede e ao uso dos bens entregues gratuitamente, uma vez que, concomitantemente com a cisão realizada, as partes firmaram um contrato de locação pelo período de 10 anos;

- O acervo líquido vertido na cisão teve reflexo no valor do capital social das empresas, reduzindo o da cindida e aumentando o da receptora, na proporção da respectiva participação detida por cada um dos sócios;

- a BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA se transforma na VMR PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA e **umenta expressivamente o seu capital social** de R\$ 2.000,00 para R\$ 15.989.476,00, **decorrente da recepção gratuita de bens cedidos em cisão, os quais passaram a lhe gerar ingressos de receitas mensais oriundas da locação efetuada aos antigos proprietários;**

- Analisando-se as DIPJ dos últimos 5 (cinco) anos antes da cisão, contata-se que a última receita declarada pela BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, atual VMR PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA, ocorreu no ano-calendário de 2006, no valor de R\$ 1.894,40, não possuindo também empregados nesse período;

- Finalizado os ajustes no patrimônio da BRINOX METALÚRGICA LTDA, ocorre a cessão das suas quotas para a empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA, empresa recém-criada em 28/01/2011 e com data de extinção por incorporação já prevista, subsidiária integral da RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A, também recém criada em 03/12/2010 e com previsão de possível extinção, nos termos do “Contrato de Compra e Venda de Quotas” **datado de 18/05/2011**, apenso ao presente processo;

- Registros efetuados na contabilidade da CELLE, em 19/05/2011, apontam o ágio no valor de R\$228.800.704,36, sendo ele posteriormente complementado em 14/07/2011, em decorrência de ajuste de caixa líquido e de capital de giro conforme previsão da cláusula 1.2 do contrato acima citado, apurando-se o valor total de R\$234.439.704,36 (fls. 1408/1409);

- Segundo o laudo de avaliação apresentado pela BRINOX, o ágio teve origem preponderante em bens intangíveis, sendo amortizado com base no fundamento econômico de rentabilidade futura;
- Após a mudança do controle acionário, a empresa BRINOX METALURGIA LTDA adotou então a denominação social de BRINOX METALÚRGICA S/A, aprovando também o seu Estatuto Social e elegendo o seu Conselho de Administração – 3 (três) argentinos e 2 (dois) brasileiros –, através do documento intitulado “Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social, Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade de Sociedade Limitada para Sociedade por Ações” datado de 19/05/2011 e registrado na JUCERGS em 21/06/2011 (vide transcrição às fls. 1409 a 1418);
- Os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R\$ 202.343.445,00 e R\$ 80.000.000,00, respectivamente. Ressaltamos que as quotas da BRINOX foram alienadas fiduciariamente em benefício do credor Banco Itaú BBA S/A, a fim de garantir a dívida oriunda da Cédula de Crédito Bancário emitida em 18 de maio de 2011 (ver transcrição da Ata de Reunião à fl. 1415/1418);
- Concomitante ao aporte financeiro realizado na sua controlada CELLE, a RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A também promoveu o aumento do seu capital social de R\$ 800,00 para R\$ 202.434,245,00, conforme “Ata de Assembleia Geral Extraordinária realizada em 19 de maio de 2011”, **mediante o ingresso de recursos oriundos de um fundo de investimento em participações societárias, que passou a ser o controlador da sociedade** (ver transcrição da AGE fls. 1418/1420);
- Em 29/04/2011, a **SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA**, da qual os Srs. Angel José Uribe e Rodrigo Lowndes constam relacionados em seus atos constitutivos como sócios, **adquire todas as ações da RIO JARI** (ver quadro de composição de acionistas da Rio Jari e sua evolução à fl. 1420);
- Atas de assembleia e reunião da RIO JARI de 29/04/2011 descrevem que os Srs. Angel José Uribe e Gustavo Ando Furuta foram eleitos para o seu Conselho de Administração, com o primeiro ocupando o cargo de Presidente, e o Sr. Rodrigo Lowndes e novamente o Sr. Angel José Uribe para a sua Diretoria, com este sendo eleito para o cargo de Diretor-Presidente;
- Amostragem realizada nas atas que elegeram os conselhos de administração e diretorias na CELLE e BRINOX revela que os Srs. Angel José Uribe e Rodrigo Lowndes, juntamente com outros, também se encontram relacionados nelas;
- Em 19/05/2011, concomitante à compra da BRINOX, altera-se outra vez a composição acionária da RIO JARI, com o ingresso de novos sócios, entre eles o fundo “SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”, o qual pertence a SOUTHERN CROSS GROUP, uma gestora de investimentos em fundos de “Private Equity”, com forte atuação na região da América Latina, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, que deixa de ser acionista;
- Em 30/08/2011, a CELLE, subsidiária integral da RIO JARI, é incorporada pela BRINOX, conforme “Protocolo e Justificação de Incorporação da Celle SP Participações S.A. pela Brinox Metalúrgica S.A.” registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP na data de 19/12/2011 (vide transcrição às fls. 1421/1422);
- A avaliação do acervo líquido vertido da CELLE resultou no valor de R\$210.325.803,02, conforme demonstrado no documento intitulado “LAUDO DE AVALIAÇÃO”, incluído ao processo e reproduzido parcialmente abaixo, tomando como base o balanço patrimonial levantado em 31/07/2011 (transcrição parcial do Laudo à fl. 1423/1424). ;

- Em síntese, os dados do laudo revelam que o patrimônio líquido vertido da CELLE corresponde aos valores envolvidos com a aquisição da BRINOX, compostos por investimento, equivalência patrimonial, ágio e obrigações decorrentes de debêntures utilizadas na compra de ações;
- O ágio inicialmente apurado em R\$ 234.439.704,36 foi posteriormente ajustado para R\$ 219.768.064,47, conforme registros efetuados na contabilidade da BRINOX, em razão de parte dele se referir a valor de mercado de bens do ativo imobilizado e não a rentabilidade futura (Demonstrativo às fls. 1425/1426);
- O ágio então gerado pela compra da BRINOX pela CELLE está sendo amortizado a razão de 1/84 avos ao mês após a incorporação reversa efetuada, com o primeiro registro contábil da despesa na BRINOX ocorrendo em 30/09/2011;
- Os atos constitutivos da CELLE evidenciam que ela teve uma existência curtíssima, sendo constituída em janeiro de 2011 e incorporada alguns meses depois pela própria BRINOX METALÚRGICA S/A, seu único investimento realizado. Já era possível inferir do “Contrato de Compra e Venda de Quotas”, de 18/05/2011, a brevíssima existência e sua possível incorporação pela BRINOX (transcrição às fls. 1426/1429);
- A CELLE, quando da sua constituição, girava sob o tipo societário de “Limitada”, tendo como sócios os Srs. Eduardo Duarte e Vinicius Aguillar Duarte. Em alteração contratual registrada na JUCESP em 18/05/2011, mesma data do “Contrato de Compra e Venda de Quotas” da BRINOX, esses sócios se retiraram da sociedade e **cederam as suas quotas para a empresa RIO JARÍ** (1a. Alteração do Contrato social às fls 1429/1433);
- as empresas RIO JARÍ e CELLE sempre estiveram estabelecidas nos mesmos endereços [onde também se encontra estabelecida uma terceira empresa, descrita como sendo o escritório dos diretores que representam a Rio Jari], conforme seus atos constitutivos, os quais descrevem ainda outras semelhanças, como o fato de as empresas apresentarem sócios em comum, explorarem o mesmo objeto social e serem constituídas quase que na mesma época, estando a atividade econômica principal de ambas enquadrada no código 64.62-0-00 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, que a define como “Holdings de instituições não financeiras” (transcrição do Estatuto Social da Rio Jarí às fls. 1433/1437);
- Os documentos apresentados demonstram que concomitante à compra da BRINOX, as sedes das empresas RIO JARÍ e CELLE foram transferidas para a **Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 2.277, 6º andar, sala 604, Torre B, Edifício Plaza Iguatemi, CEP 01452-000, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo**, endereço em que se encontrava estabelecida também a empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, a qual, (...), **representa no Brasil a SOUTHERN CROSS GROUP – gestora de investimentos em fundos de “Private Equity”, com forte atuação na região da América Latina;**
- Segundo o contrato de locação apresentado e o seu respectivo distrato, **a SOUTHERN CROSS DO BRASIL foi a locatária desse imóvel no período de 12/01/2009 a 29/02/2016**, sendo esse o local da sua sede social, conforme seus atos constitutivos;
- intimadas a apresentar contratos de locação dos endereços de suas sedes, tanto a Rio Jarí como a Celle apresentaram os contratos de “Comodato de Bem Imóvel” (transcritos em parte às fls. 1438/1440), referente a imóvel cedido pela Southern Cross do Brasil;
- Examinando as contabilidades disponibilizadas pelas empresas RIO JARÍ e CELLE, as quais abrangem os lançamentos contábeis realizados desde as datas em que ambas foram constituídas, verificamos que elas não apresentam nenhum registro efetuado em relação a gastos com aluguéis, energia elétrica, água, imposto predial, condomínio e outros afins relacionados a locação de imóveis que teriam sido utilizados pelos seus estabelecimentos, tampouco da existência de quaisquer tipos de bens registrados em seus ativos;

- A Rio Jarí não se encontra mais no endereço acima mencionado (intimação fiscal retornou com informação de “mudou-se”) e, seguindo a informações prestadas pela BRINOX, (transcrição –às fls. 1441/1442), verifica-se que a mudança se deu para onde se encontra o atual endereço da SOUTHERN CROSS DO BRASIL;
- A SOUTHERN CROSS DO BRASIL sempre contou com colaboradores (FGTS, GFIP), constando como seus empregados e contribuintes individuais: o Sr. *Gustavo Pereira de Freitas Santos*, declarado no código 1421 da Classificação Brasileira de Ocupações –CBO, o qual agrupa os cargos dos “**Gerentes administrativos, financeiros, de riscos e afins**”, sendo admitido em 25/07/2011. Segundo atas de assembleias e de reunião do conselho de administração da RIO JARI, ele foi eleito o seu Diretor-Presidente para o período de 04/11/2015 a 04/11/2017, ocasião em que foi destituído do cargo de Conselheiro Administrativo;
- as GFIP entregues pela CELLE e a RIO JARI informam que elas nunca contrataram nenhum segurado empregado e ou contribuinte individual;
- O Srs. *Angel Jose Uribe, Rodrigo Lowndes e Diego Stark*, **que também constam relacionados em atas ocupando cargos em Diretorias e Conselhos de Administração nas empresas RIO JARI, CELLE e BRINOX**, são sócios minoritários da SOUTHERN CROSS DO BRASIL durante o período auditado, **cujo acionista principal está estabelecido no exterior**, atualmente, segundo última alteração contratual apresentada, na República da Irlanda, tendo passagem também pelos Estados Unidos da América e Ilhas Cayman;
- O site da SOUTHERN CROSS GROUP apresenta os nomes dos sócios da SOUTHERN CROSS DO BRASIL, Srs. *Angel Jose Uribe, Rodrigo Lowndes e Diego Stark*, bem como dos empregados desta. Outros nomes como o do Sr. *Norberto Oscar Morita* (descrito como sócio fundador), de nacionalidade argentina, também constam no site e o Jornal El País publicou (transcrição à fl. 1443), recentemente, informações sobre os sócios da SOUTHERN CROSS GROUP em reportagem sobre o Sr. *Horácio Reyser Travers*;
- Quando da aquisição da BRINOX pela CELLE, conforme o documento “Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social, Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade de Sociedade Limitada para Sociedade por Ações”, acostado ao processo, os Srs. *Norberto Oscar Morita, Horácio Reyser Travers, Angel Jose Uribe e Rodrigo Lowndes* foram eleitos membros do conselho de administração da BRINOX, com os dois primeiros ocupando os cargos de Presidente e Vice Presidente, respectivamente (transcrição fls. 144/1446);
- Sobressai também dos atos constitutivos da SOUTHERN CROSS DO BRASIL, que o seu fundador majoritário foi o Sr. *Marco Aurélio Rogério Franco*, **Contador dessa empresa, da RIO JARI e da CELLE**, conforme documentos que apensamos ao processo. Na época era detentor de 99,9% das quotas do capital social, tendo a constituído em 03/12/2007 – registrada na JUCESP em 10/12/2007 – e se retirado dela na primeira alteração contratual em 09/01/2008 – registrada na JUCESP em 20/02/2008, quando ingressaram na sociedade os sócios sediados no exterior;
- Todos os registros efetuados na contabilidade da CELLE se relacionam com à aquisição da BRINOX. Em sua existência de pouco mais de 7 meses, a CELLE não apresenta em sua contabilidade nenhum registro referente a receitas, tampouco em relação a custos e ou despesas que evidenciem a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento de sua atividade econômica de forma organizada. Custos e ou despesas com equipamentos, empregados, encargos sociais, consumo de energia elétrica, água, telefone, pagamento de aluguel, para citar apenas alguns, são gastos mínimos relacionados a sociedades empresárias na consecução dos seus objetos sociais, os quais não incorreram para a CELLE;

- Da mesma forma, a contabilidade da Rio Jarí também não demonstraram nenhuma capacidade econômica e financeira que viabilizasse a aquisição da BRINOX ou de qualquer outro investimento, ainda que esse não fosse relevante;
- CELLE e Rio Jarí, apesar de concebidas segundo formalidades para sociedades empresárias, não exerceram atividades de produção e ou circulação de bens serviços ou congêneres.;
- -As circunstâncias do contexto descrito neste relatório evidenciam que as empresas envolvidas orquestraram um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos;
- O conluio entre elas proporcionou atingirem o objetivo tributário lesivo a que se propuseram, com as empresas CELLE e RIO JARI desempenhando um papel intermediário para a concretização do investimento realizado pela SOUTHERN CROSS GROUP, através de um fundo de investimento em participações societárias denominado “SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”;
- Notícias publicadas na mídia sobre a venda da BRINOX na época,..., corroboram que a SOUTHERN CROSS é a sua investidora (transcrição fls. 1449/1453), da mesma forma que os documentos referentes ao “ACORDO DE ACIONISTAS” e seus aditivos demonstram que, quando da negociação da BRINOX, por vezes a CELLE e a RIO JARÍ são designadas neles como SOUTHERN CROSS (Transcrição de trechos do Acordo de Acionistas, de 19/05/2011, e do Contrato de compra e venda de ações adicionais, de 15/04/2013 – fls. 1458/1460). Da mesma foram, o contrato de compra e venda de quotas, de 18/05/2011, destaca a SOUTHERN CROSS, mesmo ela não estando relacionada em seu preâmbulo (transcrição fls. 1460/1461);
- Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, administrador do fundo “SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”, atendendo à intimação fiscal disponibilizou, o regulamento do referido fundo, apenso ao presente processo e reproduzido às fls. 1461/1463, o qual foi instituído e promulgado através do “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DO SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”. O Gestor do fundo é a SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA (artigo 5º do regulamento) e o prazo de duração do fundo é de 10 anos (artigo 3º). Os termos de adesão dos quotistas do fundo - COOKWARE CAPITAL INVESTMENTS LP, BOWL CAPITAL LP e PAN CAPITAL LP –, também apresentado por Citibank DTVM, encontram-se todos assinados pelo Sr. Horácio Reyser Travers (fls. 683/695);
- Comparando as **datas de constituição do fundo e das empresas CELLE e RIO JARI**, vemos que todas **ocorreram bem próximas**, com estas sendo criadas em 28/01/2011 e 03/12/2010, respectivamente, conforme registros efetuados na JUCESP, e aquele em 06/12/2010, segundo o “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DO SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”;
- Segundo informações do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas –CNPJ, todos os quotistas do Fundo foram constituídos em 10/05/2011, estão estabelecidos no exterior, não possuem filiais e suas sedes apresentam endereço em comum;
- Quanto às debêntures emitidas pela CELLE durante a reorganização societária realizada, a *Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples ... da CELLE S/P Participações S.A.*” e seus respectivos aditamentos descrevem, entre outros, que **os recursos obtidos serão destinados ao pagamento da Cédula de Crédito Bancário emitida pela CELLE em 18/11/2011 em favor do Banco Itaú BBA S/A e que 90% das ações da BRINOX serão alienadas fiduciariamente em garantia aos debenturistas, prestando também a BRINOX fiança de forma solidária aos titulares das debêntures pelo pagamento de todos os valores devidos nos termos da referida escritura;**

- Após a incorporação da CELLE pela BRINOX em 30/08/2011, esta passou a figurar como emissora das debêntures, deixando de existir a garantia fidejussória, permanecendo, contudo, a garantia real referente a alienação fiduciária das ações (Tais ações já haviam sido objeto de alienação fiduciária ao Banco Itaú BBA S/A, na época da emissão da Cédula de Crédito Bancário em nome da CELLE, a fim de garantir a dívida contraída para captar recursos complementares utilizados na aquisição da BRINOX);

- toda essa negociação foi encaminhada pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, antes mesmo de restar configurada a cessão das quotas da Brinox para a Celle em 18/05/2011, conforme “Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capitais Local” apresentada pelo Banco Itaú BBA S/A (vide transcrição de correspondência datada em 10/05/2011 - às fls. 1466/1467);

- Além de corroborar sobre os interesses da SOUTHERN CROSS GROUP no investimento realizado, as debêntures emitidas também geraram despesas financeiras, as quais se encontram registradas na contabilidade da BRINOX (lembrando que um dos motivos elencados nas justificativas para incorporação da CELLE envolvia a emissão de debêntures). Questiona a autoridade fiscal se estranhos poderiam impor exigências sobre a reorganização societária que deveria ocorrer. Respondendo a questão negativamente e explicando que, entre outras garantias prestadas, deslindou-se para o credor financeiro a arquitetura do planejamento tributário que seria realizado, revelando-se que a Celle seria apenas uma mera interposta nesse processo e a BRINOX a verdadeira devedora dos recursos captados.

2.2. Ainda no tópico “Fatos da Constituição do Crédito”, no subtópico “**A figura do ágio na legislação societária e na legislação fiscal**”, a autoridade fiscal apresenta síntese da legislação de regência vigente à época dos fatos a respeito do tratamento fiscal e societário do ágio que vem sendo amortizado pela BRINOX com base no fundamento econômico de rentabilidade futura, apontando, que, em regra a amortização do ágio é indedutível para a apuração do lucro real. Entretanto, há regras específicas de dedutibilidade do ágio nos casos de fusão, incorporação ou cisão previstas nos arts 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Segundo o *caput* do 7º combinado com a alínea “b” do art. 8º, ambos da Lei nº 9.532/97, para que seja possível o aproveitamento fiscal de eventual ágio, necessariamente deverá ocorrer a *confusão patrimonial entre investida e investidora, com a migração do patrimônio para uma ou para outra. Ou seja, o investimento deve ser extinto para que se possa amortizar fiscalmente o ágio.*

2.2.1. No caso concreto em tela, conforme fatos descritos no relatório fiscal, *criou-se um planejamento tributário abusivo através de empresas interpostas que simulam um fato gerador imponible que ainda não surgiu, pois a CELLE nunca foi a verdadeira adquirente da BRINOX, tampouco a RIO JARI, uma vez que ambas não dispunham de substância econômica para um investimento de tal envergadura. E continua a autoridade fiscal a registrar que:*

- o investimento continua existindo, com a real investidora permanecendo no controle da investida através da RIO JARI. O que ocorreu foi a extinção de uma das sociedades intermediárias, no caso a CELLE, que detinha apenas participação formal;
- A aquisição da BRINOX, conforme provas acostadas aos autos, é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias. Quando houver o desinvestimento desse fundo, materializar-se-á o fato gerador imponible previsto na legislação, com o consequente tratamento adequado da confusão patrimonial que surgirá.

2.2.2. Conclui a autoridade fiscal que as amortizações fiscais do ágio realizadas pelo CONTRIBUINTE estão sendo glosadas na sua totalidade pelos motivos descritos neste relatório fiscal, uma vez que elas foram efetuadas ao arrepio da legislação vigente à época dos fatos analisados, haja vista entendermos ter ocorrido uma simulação efetuada em conluio por ele e outras empresas, os quais objetivaram a evasão de tributos através de uma indevida antecipação da amortização do ágio.

2.3. Sob o subtópico “4.3 Planejamento tributário abusivo”, a autoridade fiscal apontando que a CELLE não foi a verdadeira adquirente da interessada e que fez parte de um plano arquitetado unicamente para amortizar antecipadamente o ágio, expõe que:

- Não se discute o direito de contribuinte em organizar-se da maneira que melhor lhe convier, e de forma que possa recolher uma menor quantia em tributos, contudo isso deve atender aos quesitos legais e refletir a verdade material;
- A inserção de sociedades efêmeras, que se resumem a um CNPJ, uma conta bancária e alguns escassos registros contábeis, dentro de uma operação societária, cuja negociação já estava concluída, não há como ser aceita pelo Fisco como um planejamento tributário lícito;
- Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão, lembrando que todas as empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesse determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP;
- Assim, considerando a situação simulatória com a falta de propósito negocial de uma empresa definida como veículo, temos a caracterização de uma interposição fraudulenta.

2.3.1 Utilizando o conceito de empresário, apontando ser o risco um dos principais elementos de um empreendimento empresarial (meros CNPJ e assinaturas de contrato não podem caracterizar uma empresa), discorrendo sobre o conceito de interposta pessoa e interposição fraudulenta de terceiros, aponta o autuante que no caso em questão, as pessoas jurídicas interpostas CELLE e RIO JARI, recém-criadas, a primeira incorporada e a segunda com previsão de também ser, se estabelecem formalmente no “Contrato de Compra e Venda das Quotas da BRINOX”, sem ter, no entanto, participado de qualquer ato de negociação anterior.

2.3.2. Também registra que tanto a doutrina, como a jurisprudência administrativa e a judicial têm acolhido atos de desconsideração de negócios confeccionados com propósito de tributação menos onerosa, quando apresentadas as provas materiais dos fatos e, principalmente, quando os atos praticados pelos contribuintes têm a nítida intenção de dissimular a ocorrência do fato gerador ou descaracterizá-lo;

2.3.3. Reportando-se ao art. 116, parágrafo único, do CTN e a decisões judiciais (fls. 1483/1489) que tratam da aceitação da aplicabilidade do referido dispositivo legal pela autoridade tributária (reproduções às fls. 1483/1489), o autuante explica que o referido parágrafo único do art. 116 do CTN articula-se com o artigo 149 do mesmo Código, o qual *estabelece que o lançamento é efetuado e revisto de ofício na hipótese de ocorrência dos casos previstos nos incisos I a IX. Note-se que os incisos III, IV, V e VII são pontuais ao estabelecerem as condições em que o lançamento será realizado, seja por omissão, erro, falsidade na declaração prestada, e principalmente quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;*

2.3.4. Neste diapasão, a autoridade fiscal aponta que a verdade material deve prevalecer frente a instrumentos interpostos para simular/dissimular a ocorrência da hipótese tributária e que, em havendo *simulação, fraude ou dolo, ou mesmo o simples erro, cabe ao FISCO levantar o véu do que foi pactuado apresentando a verdade realmente existente, demonstrando-a através do lançamento, que é atividade privativa, vinculada e obrigatória, não podendo o Auditor-Fiscal se abster de efetuar-lo, de acordo com o artigo 142 do CTN;*

2.3.5. E conclui que *a lei tributária não autoriza que as sociedades desprovidas de substância econômica sejam interpostas entre o vendedor e o adquirente real, apenas para fins de obtenção de vantagem tributária, o que o artigo 386, inciso III, do Decreto 3.000/99 autoriza é o aproveitamento do ágio por quem de fato o suportou na*

aquisição, sendo que no presente caso, subsistem, após a reorganização societária, tanto o adquirente real, como a adquirida, sem que tenha ocorrido uma confusão patrimonial entre ambas.

2.4. No subtópico “4.4. Amortização do ágio pelo contribuinte”, a autoridade fiscal expõe que, embora não tenham ocorrido lançamentos referentes a amortização do ágio na contabilidade societária do CONTRIBUINTE durante o ano-calendário de 2013, verificamos que o mesmo não ocorreu em sua escrituração fiscal, onde são apresentadas exclusões efetuadas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, reduzindo as, respectivamente, no montante de R\$ 31.394.603,40, conforme LALUR e LACS cujas partes são reproduzidas às fls. 1492/1493. Expõe ainda a autoridade fiscal que o ágio total contabilizado pela BRINOX decorrente da incorporação reversa efetuada monta em R\$ 219.768.064,47, tendo sido amortizado 12/84 avos do seu valor no ano-calendário de 2013, sendo excluída mensalmente o valor de R\$2.616.216,95 das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no LALUR e LACS (reprodução parcial às fls. 1493/1494).

2.4.1. Expõe ainda a autoridade fiscal que o ágio total contabilizado pela BRINOX decorrente da incorporação reversa efetuada monta em R\$ 219.768.064,47, tendo sido amortizado 12/84 avos do seu valor no ano-calendário de 2013, sendo excluído mensalmente o valor de R\$2.616.216,95 das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no LALUR e LACS (reprodução parcial às fls. 1493/1494 – montante do ágio tratado no relatório R\$ 31.394.606,40). Reproduz às fls. 1495/1497, ementas de acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF sobre o tema a corroborar seu procedimento.

2.5. Sobre as “4.5 Despesas Financeiras com debêntures” a autoridade fiscal entende que essas despesas não são dedutíveis, pois não se enquadram no conceito de despesas necessárias, (arts. 299 e 300 do RIR/99), uma vez que não fazem parte da atividade operacional da BRINOX (atuante no ramo de fabricação e comercialização de vários produtos de utilidade doméstica).

2.5.1. Explica ainda a autoridade fiscal que as despesas que a BRINOX vem apropriando em seu resultado referem-se a encargos financeiros oriundos da emissão de debêntures, cuja destinação dos recursos foi utilizada para o pagamento de empréstimo contraído para a compra das suas próprias ações. E conclui haver um enorme descompasso entre a finalidade do gasto e a atividade exercida pela BRINOX, estando tais despesas no campo das não necessárias, ainda mais sendo elas decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio.

2.6. Ao discorrer sobre “4.6 Bases tributáveis e multa de ofício” a autoridade fiscal acusa a aplicação da multa de ofício agravada (art. 44, inciso I, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430, de 1996) uma vez que as práticas adotadas pelo CONTRIBUINTE, RIO JARI, CELLE, SOUTHERN CROSS DO BRASIL e SOUTHERN CROSS GROUP, em tese, configuram as hipóteses de fraude e de conluio, conceituadas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Apontando, ainda que:

••• *Conforme demonstrado ao longo deste relatório, e por meio dos documentos acostados aos autos, foi gestada uma arquitetura simulatória, com a constituição de pessoas jurídicas apenas sob aspecto formal, visando dar uma aparente legalidade a um ágio e o seu conseqüente aproveitamento para fins fiscais mediante a sua amortização;*

••• *Verifica-se que a referida prática fraudulenta teve a participação dos seus representantes legais, arrolados neste relatório, os quais investidos em cargos de diretores e conselheiros administram essas empresas;*

••• *com a finalidade de reduzir a carga tributária de forma ilegal, todas as partes citadas concordaram em manter a simulação e a amortização indevida do ágio, aceitando participar da evidente fraude fiscal.*

2.7. Também acusa a autoridade fiscal a aplicação da “4.7 Multa isolada por falta de pagamento de estimativas mensais”, com base no art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, conforme demonstrativos de fl. 1507.

2.8. Em conclusão, a autoridade fiscal, diante dos fatos apurados, entendeu que as empresas simulam uma situação que não aparenta a realidade, para utilizar tratamento tributário diferenciado, evadindo impostos e as contribuições devidas, pois:

-- *Longe de serem os investidores da BRINOX, uma vez que não tinham capacidade econômica e financeira para fazê-lo, as empresas RIO JARI e CELLE são meras interpostas, sendo frutos de um planejamento tributário abusivo, o qual simula um fato gerador imponível referente a investimento não realizado por elas;*

-- *O investimento foi realizado pela SOUTHERN CROSS GROUP, através de um fundo de investimento em participações societárias, o qual prevê um prazo de duração de 10 anos, podendo ser prorrogado. Ao seu término, surgirá a ocorrência do fato gerador imponível, quando será mensurado o ganho ou a perda do capital investido;*

-- *A gestão do fundo no Brasil é realizada pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, cujo sócio majoritário está estabelecido em país definido como paraíso fiscal;*

-- *As empresas CELLE, RIO JARI e SOUTHERN CROSS DO BRASIL, ao contrário do que os seus sócios propagam, estão longe de atuarem como unidades autônomas;*

-- *Embora tenham sido concebidas segundo as formalidades previstas para as sociedades empresárias, as empresas CELLE e RIO JARI não apresentam nenhuma substância econômica, atuando por elas a SOUTHERN CROSS DO BRASIL, afiliada no Brasil da SOUTHERN CROSS, que disponibiliza toda a sua estrutura, inclusive o endereço de sua sede, conforme amostragens demonstradas neste relatório;*

-- *Em verdade essas empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesses determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP;*

2.8.1. Assim, foi efetuada a glosa das despesas relacionadas com a amortização do ágio, cujo efeito na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL foi dado pelo CONTRIBUINTE via exclusão do lucro líquido, e aos encargos financeiros gerados com a emissão de debêntures, haja vista elas não se enquadrarem nas disposições contidas na época nos artigos 386, inciso III, e 299 do Decreto nº3.000, de 26 de março de 1999, respectivamente. (Valores indevidamente excluídos no ano-calendário de 2013: R\$ 31.394.603,40, relativamente à amortização do ágio; e R\$ 7.535.584,33, relativamente aos encargos financeiros DEBÊNTURES).

2.8.2. Registrou ainda a autoridade fiscal que, da mesma forma, com base no artigo 124, inciso I, do CTN, Lei 5.172, de 25/10/66, restou caracterizada a sujeição passiva solidária das pessoas físicas e jurídicas discriminadas abaixo, sendo que as pessoas físicas também foram enquadradas no artigo 135, inciso III, da mesma Lei, uma vez que a amostragem dos fatos e provas arrolada ao longo deste relatório fiscal evidencia que todos os envolvidos estão do mesmo lado e ganham simultaneamente com o fato econômico tornado fato gerador pela lei tributária, com as suas condutas configurando evidente intuito de fraude em virtude da simulação que orquestraram através do conluio de empresas com a finalidade de um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos, devendo, portanto, também responder solidariamente com o contribuinte pelos tributos devidos:

--- *Srs. Norberto Oscar Morita, CPF/MF 234.944.738-38, Horácio Reyser Travers, CPF/MF 234.966.798-75, e Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, CPF/MF 236.412.338-01, este de nacionalidade chilena e os outros argentinos, sócios da SOUTHERN CROSS GROUP e integrantes do Conselho de Administração da BRINOX durante o período auditado, o primeiro no cargo de Presidente e os outros como Vice – Presidentes, órgão responsável pela administração da sociedade, juntamente com a Diretoria, segundo o artigo 10 do seu estatuto social;*

--- Srs. Angel Jose Uribe, argentino, CPF/MF 232.994.808-55, Rodrigo Lowndes, brasileiro, CPF/MF 992.156.917-15, e Diego Stark, brasileiro, CPF/MF 264.431.658-88, integrantes do Conselho de Administração da BRINOX, com os dois últimos acumulando também cargos em sua Diretoria até o ano de 2012, todos sócios da SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA durante o período auditado. Eles também constam relacionados em atas da CELLE e RIO JARI ocupando cargos em Diretorias e Conselhos de Administração;

--- Ainda em consonância com o artigo 10 do estatuto social da BRINOX, administraram a sociedade durante o período auditado o Sr. Júlio Moura Neto, brasileiro, CPF/MF 468.948.027-34, integrante do seu Conselho de Administração, e os Srs. Christian Emílio Hartenstein, argentino, CPF/MF 224.836.138-61, Everaldo Luiz Boschetti, brasileiro, CPF/MF 502.795.800-53 e Ricardo Herber, brasileiro, CPF/MF 378.604.880-00, esses como Diretores, conforme documentos apensados;

--- Empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o número 09.290.333/0001-77, gestora do fundo “SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”;

--- Empresa RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A, inscrita no CNPJ sob o número 13.008.397/0001-00, haja vista que a auditoria fiscal realizada evidencia a participação efetiva dessa empresa em todos os atos que formalizaram o orquestramento do planejamento tributário abusivo, conforme fatos descritos ao longo deste relatório, atuando ela conjuntamente com os outros envolvidos em seus objetivos e responsabilidades, sendo ela a detentora de 100% do capital da CELLE. Ambas, inclusive, estavam enquadradas na mesma atividade econômica do CNAE, explorando o mesmo objeto social, sediadas no mesmo endereço, apresentando sócios em comum e sendo constituídas quase que ao mesmo tempo.

2.8.3. Consignou, por fim, a autoridade fiscal: (i) ter apensado ao processo os Termos de Sujeição Passiva Solidária, através dos quais foram científicadas as pessoas físicas e jurídicas discriminadas nos itens anteriores, referente à exigência tributária de que trata o auto de infração lavrado; (ii) ter encaminhado a correspondente Representação Fiscal para Fins Penais de fatos que, EM TESE, configuram a prática de ilícito previsto nas legislações fazendária e penal, referente a crime contra a ordem tributária, a qual ficará sobrestada até a constituição definitiva do crédito na esfera administrativa; e (iii) encontrar-se a FISCALIZADA intimada a proceder aos ajustes na PARTE B de seus LALUR e LACS de acordo com os novos valores dos resultados fiscais apurados por esta fiscalização para o IRPJ e CSLL em relação ao ano-calendário de 2013 (demonstra às fls. 1511/1512, os resultados ajustados do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL).

3. Irresignada com o lançamento, a contribuinte interessada apresentou, em 09/12/2019 (fls. 1941), a impugnação de fls. 1943 a 2068, acompanhada dos documentos de fls. 2069 a 2386.

3.1. Quanto aos fatos, a contribuinte tece um resumo das autuações e discorre sobre as operações realizadas que, defende, *deram-se de forma lícita e adequada para atingir o objetivo final pretendido, qual seja: o ingresso do Grupo Southern Cross no controle da Brinox no Brasil, (...), aumentando o alcance e competitividade da Impugnante no mercado nacional e internacional - o que, (...), somente foi possível em razão do papel fundamental desempenhado pela Celle e pela Rio Jari.* Entende que operações que resultaram no aproveitamento do ágio não podem ser analisadas isoladamente (quadro a quadro) mas sim deve-se analisar o filme como um todo. Neste diapasão, tece um breve histórico da contribuinte (BRINOX) e do GRUPO SOUTHERN CROSS para contextualizar o interesse de um dos maiores grupos de *private equity* na América Latina em investir na interessada, em 2011 (com a economia em franca expansão), informando que, além da impugnante, o Grupo Southern possui investimentos em mais outros seis negócios no mercado brasileiro. Registrou ainda que, no ano de 2010, o Grupo Southern Cross decidiu pela formação de um novo fundo de investimento para

realizar novos negócios no Brasil, momento em que foi constituído o SCG II Fundo de Investimento em Participações (CNPJ nº 12.987.043/0001-91).

3.1.1. Explicou a impugnante que, após *as tratativas e negociações entre as partes, o Grupo Southern Cross propôs o modelo que seria adotado na aquisição. A despeito de o Grupo Southern Cross ser cotista do SCG II Fundo de Investimento em Participações ("SCG II FIP"), domiciliado no Brasil, entendeu-se que a aquisição direta da participação na Brinox por esse fundo de investimento não seria a alternativa mais adequada, uma vez que poderia trazer limitações quanto a: (i) captação de recursos de terceiros; (ii) prestação de garantia; (iii) limitação da responsabilidade/dos riscos dos cotistas; e (iv) liberdade de negociação.*

3.1.2. Passa, então, a descrever o processo de operações de que decorreu a amortização de ágio em questão, alegando que (i) as empresas Celle e Rio Jarí, apontadas como empresas veículo, decorreriam de legítimas razões negociais; (ii) a menção ao Grupo Southern em alguns documentos não alteraria a natureza de real adquirente (da BRINOX) da Celle, que apenas fazia parte do grupo econômico; (iii) a emissão, na mesma data da assinatura do acordo, de Cédulas de Crédito Bancário (CCD) pela Celle (R\$ 80 milhões), posteriormente substituídas por debêntures simples denotaria apenas a forma de captação dos recursos utilizados na aquisição da Brinox (aquisição alavancada/compra alavancada/"Leveraged Buyout"-LBO); (iv) a menção na Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures no sentido de que a CELLE seria incorporada não poderia ensejar a conclusão fiscal de que se trata de uma empresa veículo e teria decorrido de oposição das instituições financeiras ao risco e seria decorrente de exigência negocial de terceiros; (v) a autoridade fiscal não traçou qualquer questionamento a respeito da efetividade do pagamento realizado pela Celle ao antigo controlador da Brinox, tampouco sobre a legitimidade do ágio; (vi) a única motivação exposta para glosar o ágio foi a forma pela qual se deu a aquisição da Brinox, com a utilização da Celle; (vii) com a incorporação reversa, a incorporadora Brinox sucedeu a Celle em direitos e obrigações, fato que acarretou o registro e dedutibilidade das despesas incorridas pela Celle.

3.1.3. Após a exposição dos fatos, a impugnante aponta verificar-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 Grupo Southern Cross no controle das atividades da Brinox no mercado brasileiro, com a potencialização do crescimento da Impugnante após o investimento, o que somente foi possível mediante a participação da Celle e, também, da Rio Jarí, destacando ainda ter havido efetivo e substancial crescimento da Brinox.

3.2. Em preliminar, alega a interessada verificar-se a regularidade do aproveitamento dos ágios em questão em virtude das decisões reiteradas favoráveis proferidas pelo E. CARF, as quais analisaram casos análogos ao presente processo, e, assim, aplicar-se-ia ao caso a Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica) que trouxe alterações basilares ao Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e trouxe comando imperativo de observação imediata e obrigatória pela Administração Pública, conforme disposto em seu art. 24, que transcreve às fls. 1958/1959. Passa então a discorrer a respeito do instituto da segurança jurídica, citando artigos sobre o tema do Prof. Carlos Ari Sunfeld e do Prof. Floriano de Azevedo Marques, apontando que a autoridade fiscal não teria observado a legislação vigente, o que deveria acarretar no cancelamento da autuação fiscal. À fls. 1961/, colaciona ementas de acórdãos que estariam a ilustrar o seu argumento em relação à tese desenvolvida pela fiscalização (pois no entender da impugnante, no caso, sequer está presente a figura da "sociedade veículo"). E conclui que ainda que se entendesse possível a modificação do entendimento abarcado pela jurisprudência do E. CARF sobre a amortização de ágio em casos semelhantes ao presente, é evidente que deveria ter se instaurado um regime de transição, o que, claramente, não ocorreu e, portanto, reforça a completa insubsistência do lançamento fiscal em foco.

3.3. Quanto ao Direito, a impugnante alega a “**III – LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**”, defendendo a legitimidade das operações realizadas e posterior aproveitamento do ágio, nesse sentido argui:

- ser a Celle a “real adquirente” por ter sacrificado seu patrimônio para adquirir o investimento, enquanto a Brinox é a investida por ser o efetivo alvo do investimento, insistindo que o sacrifício financeiro partiu da Celle, na medida em que tais valores, juntamente com o montante captado com a emissão de debêntures, passaram a constituir seu patrimônio e, somente após, foram dispendidos para a aquisição do controle da Brinox;

- é prática corriqueira (principalmente em se tratando de holding) receber aportes de capital específicos para realização de investimentos, que não pode ser desconsiderada de forma injustificada e discricionária e, muito menos, ser fator para a imposição de multa tão grave como a multa qualificada, haja vista a inexistência de qualquer ato doloso na aquisição do investimento entre partes independentes com fluxo financeiro de aproximadamente R\$ 300 milhões de reais;

- ao analisar os efeitos tributários do registro do ágio (art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, reproduzido no art. 285 do RIR/99; arts. 7º, inciso III, e 8º, “b”, da Lei nº 9.532, de 1997), depreende-se que para que a despesa com amortização do ágio seja dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o legislador ordinário estabeleceu, **apenas e tão somente** (i) que ocorresse a **aquisição**, pela pessoa jurídica, de participação societária adquirida com ágio; (ii) que houvesse a **absorção do patrimônio da investida** em virtude de fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do artigo 8º); e (iii) que a **fundamentação econômica do ágio** fosse lastreada em **expectativa de rentabilidade futura**. No presente caso, tem-se que os requisitos foram cumpridos, e não se poderia questionar o surgimento, registro e amortização do ágio, pois:

- (i) houve a **efetiva aquisição** das cotas da Brinox pela Celie, mediante **pagamento integral em dinheiro**;
- (ii) foi efetivada a **incorporação da Celie pela Brinox** (incorporação reversa, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.532/97); e
- (iii) o **ágio pago pela Celie foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura** da companhia investida (Brinox), conforme laudo de avaliação (não questionado pelo Fisco).

3.3.1. Os argumentos utilizados pela fiscalização, segundo a impugnante, não possuiriam qualquer fundamento legal e deveriam ser afastados

3.4. Alega também a impugnante “**III.1.2 - Inexistência de "Empresas Veículo" no Presente Caso - Demonstração do Propósito Negocial e Específico e da Necessidade da Celie e da Rio Jari**”. Ressalta que a existência de propósito negocial exigida pela Fiscalização *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*, reclamando o seu afastamento em face do princípio da legalidade.

3.4.1. E no caso de se entender aplicável a exigência de propósito negocial às relações tributárias brasileiras, reporta-se ao conceito de propósito negocial dado por Hugo de Brito Machado (“propósito ligado aos objetivos visados pela empresa”), para defender que: (i) *cada uma das etapas da operação descrita anteriormente foi fundamental para viabilizar o desenvolvimento e a otimização dos negócios da Impugnante, em consonância com as estratégias empresariais adotadas por esta e pelo Grupo Southern Cross, que somente foi passível de realização mediante a participação da Celle*; e (ii) *as razões econômicas para a criação e utilização da Rio Jari e, principalmente, da Celle, estão ligadas sobretudo aos aspectos negociais da estrutura de investimento definida pelo Grupo Southern Cross e para a aquisição do controle da Brinox, tais como forma de financiamento da operação (se com capital próprio, com a entrada de novos investidores ou com capital de terceiros), mitigação de riscos e contingências*

que eventualmente poderiam ser identificados no curso das negociações etc. Desta forma, a interpretação do Sr. Agente Fiscal quanto à existência de "empresas veículos" no presente caso é absolutamente improcedente.

3.4.2. Passa então a discorrer a respeito “**III.1.2.1 - Dos Aspectos Societários e Fiscais da Sociedade Holding – Observância das Normas Legais e Regulatórias nas Operações Envolvendo a Rio Jari e a Celie**” (fls. 1972/1979). Inicialmente rechaça a alegação de que Celle e Rio Jari não possuíam empregados, folha de pagamento ou atividades relevantes que não às relacionadas à aquisição da Brinox, pois as atividades por elas desenvolvidas mostram-se em tudo compatíveis com o seu papel de sociedades *holding*. Reportando-se a ensinamentos doutrinários registra que *a função primordial de uma holding pura não envolve a prática de atividades operacionais além da gestão de participação acionária em uma ou mais empresas, de acordo com o seu objeto social. Por tal razão, é natural que este tipo societário não apresente despesas robustas, funcionários e imóveis locados.* E conclui que *justamente por não ser uma sociedade comercial ou prestadora de serviços que a Rio*

Jari e a Celie necessitaram do aporte de recursos por seu controlador, o SCG II FIP, para a aquisição da Brinox. Na ausência destes recursos, bem como daqueles provenientes da emissão de CCB pela Celle, a operação, por consectário lógico, não ocorreria.

3.4.2.1. Reporta-se ainda ao art. 2º, § 3º da Lei das S/A (fl. 1974) justificar a existência das Celle e Jarí, bem como nota que, no contexto delineado, o fato de possuírem os mesmos sócios, ou até possuírem os mesmos sócios, não revelaria qualquer óbice ou irregularidade que pudesse infirmar sua existência/legitimidade. Também alega, com base no art. 981, parágrafo único do Código civil que o prazo de duração de uma sociedade *holding* também não pode ser utilizado como requisito de sua validade. Conclui assim que a amortização fiscal do ágio reconhecido pela Celle é legítima já que a operação de aquisição do controle da Brinox:

- (i) representou operação de compra e venda de participação societária que teve como adquirente e vendedores entidades independentes e não relacionadas entre si;
- (ii) realizada a valores justos de mercado, com o efetivo desembolso do preço pela adquirente (a Brinox);
- (iii) envolveu o pagamento em dinheiro de um ágio relevante, que teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura do investimento (Brinox), justificativa essa baseada em laudo de avaliação que sequer foi questionado pela Autoridade Fiscal; e
- (iv) teve como passo final a incorporação da Celie ao patrimônio da Impugnante, preenchendo os requisitos estabelecidos pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 (ou artigos 385 e 386 do RIR/99) para possibilitar a amortização fiscal do ágio.

3.4.3. Nessa toada ratifica a alegação de “**III.1.2.2 - Impossibilidade de se Caracterizar a Rio Jari como "Empresa Veículo"**” (fls 1979/1982) e de “**III.1.2.3 - Impossibilidade de se Caracterizar a Celle como "Empresa Veículo" –Ratificação da Necessidade e Propósito Negocial**” (fls. 1982/1996), expondo, em síntese que:

- além de todos os propósitos negociais ligados à utilização da Celle, a Rio Jarí jamais poderia ser caracterizada como empresa veículo, pelo conceito utilizado pela autoridade fiscal (sociedade efêmera ou de passagem), pois a Rio Jarí (CNPJ nº 13.008.397/0001-00) mantém-se até os dias de hoje uma empresa ativa (fl. 1981)

- a participação da Rio Jarí na estrutura do Grupo Southern Cross não gera qualquer efeito fiscal diverso daquele que seria obtido caso esta não fizesse parte da estrutura societária em análise (o ágio jamais passou pela Rio Jarí);

- não afetando o surgimento ou a amortização do ágio, a existência da Rio Jarí na estrutura do Grupo Southern era manifestamente extrafiscal;

- a afirmação fiscal de que a aquisição da Brinox poderia ter sido feita diretamente pelo Fundo SCG II FIP (um dos braços do Grupo Southern Cross no Brasil) *constitui indevida ingerência do Fisco na escolha dos contribuinte acerca da organização de seus negócios, que não pode ser admitida;*
- *a aquisição da Brinox foi financiada parcialmente por capital próprio da Celle, decorrente de aporte oriundo do SCG II FIP, parcialmente por conta de endividamento, decorrente de emissão de CCB, posteriormente substituído por debêntures, que defende ser legítima opção do Grupo Southern, de forma a adquirir o controle da Brinox por meio de uma aquisição alavancada (aquisições financiadas – fl. 1983), método comum e usualmente utilizado para complementar a aquisição de uma empresa alvo mediante contratação de dívidas e empréstimos e nesse caso, a Celle foi indispensável para a conclusão do negócio (com a emissão de CCB) pois viabilizou a aquisição da Brinox (companhia-alvo);*
- *uma vez devida e legalmente montada a estrutura societária necessária e apta a realização da aquisição alavancada, o investidor busca empréstimo no mercado ("debit") e utilizam os recursos levantados para a aquisição da empresa alvo. A dívida gerada é garantida por ativos da própria empresa alvo ou por ações desta detidas pelo investidor, sendo comum, ainda, estruturas em que os pagamentos dos empréstimos são efetuados com os fluxos de caixa gerados pela empresa adquirida;*
- *os controladores da Celle buscaram métodos de transformar a Impugnante - já madura, consolidada, e com fluxo financeiro estável - em uma empresa mais eficiente para elevar os seus resultados. E como isso foi feito e concluído com resultados de sucesso? Através de uma aquisição alavancada, que foi o meio de aquisição apto e necessário a potencializar e maximizar o retorno do investimento realizado na Brinox, que nada mais é do que o objetivo final das empresas de private equity ao investirem em uma companhia;*
- *para um dos maiores grupos de investimento private equity na América latina, não pode ser considerado incomum que, havendo a possibilidade de utilizar capital de terceiro (captado no mercado financeiro), este o faria em detrimento do seu capital próprio, que poderia ser empregado em outras operações. E mais, deve se ter em conta que a própria natureza das atividades do Southern Cross exige que o enfoque de sua atuação esteja, essencialmente, na rentabilidade dos investimentos que realiza;*
- *a legítima opção do comprador foi a de adquirir o controle da Brinox (Impugnante) parte com capital próprio e parte por meio de recursos obtidos com a emissão de CCB/debêntures, utilizando-se para tanto de aquisição alavancada;*
- *essa habitual operação de aquisição alavancada foi viabilizada por meio de uma pessoa jurídica empresária (Celle), a fim de possibilitar a captação de recursos de terceiros pela emissão de debêntures, uma vez que aos FIPs é vedada tal alternativa de acordo com o artigo 35, II, da Instrução CVM n.º 391/03;*
- *como política usual de mercado, as instituições financeiras exigem que as obrigações decorrentes de empréstimos sejam adimplidas por uma sociedade operacional, o que favorece a perspectiva de retorno do capital (segurança ao negócio) e reduz a taxa de remuneração dos recursos emprestados;*
- *Neste cenário, o Grupo Southern Cross viu-se obrigado a uma estrutura de negócio em que a Impugnante necessariamente deveria, após a sua aquisição, figurar como responsável pelo adimplemento dos dispêndios com a obtenção dos recursos no mercado, sendo essa a razão pela qual, quando da formalização da escritura de emissão de debêntures, ficou estabelecido que se declararia o vencimento antecipado das obrigações descritas, caso não houvesse a “operação de incorporação da Brinox pela emissora ou incorporação reversa, da Emissora pela Brinox” e, pela mesma razão, o contrato de compra e venda já previa a hipótese de incorporação da Celle (cláusula 1.4.3);*

- a incorporação da Celle tratou-se de uma decisão exclusivamente gerencial de seus controladores, relacionada ao cumprimento do objetivo para o qual foi constituída, estava atrelada a uma exigência contratual das instituições financeiras para liberação do empréstimo para consecução do negócio, mencionando que a proposta para Emissão de Debêntures apresentada pelo Banco Itaú BBA expressamente atesta que a captação seria realizada pela Celle;
- *cumprir ressaltar que a obtenção do empréstimo pela Rio Jari, por exemplo, e aquisição direta da Impugnante também não era viável naquele momento, pois, com a exigência das instituições financeiras de que as obrigações decorrentes deste empréstimo fossem adimplidas diretamente pela sociedade operacional (Brinox), seria necessário, também nesse caso, que a Rio Jari fosse incorporada (ou seja, teria o mesmo efeito fiscal);*
- *deve-se ter em conta que a utilização da Celle, em vez do SCG II FIP, foi instrumento útil para limitar a responsabilidade dos cotistas e restringir eventuais perdas no investimento (FIP's não possuem personalidade jurídica: o cotista responde pelo patrimônio líquido negativo do fundo). Nas sociedades limitadas, o patrimônio pessoal dos cotistas encontra-se resguardado, podendo ser atingido somente de forma de forma limitada ao valor das cotas subscritas;*
- os FIP são uma alternativa atrativa de investimento (especialmente a investidores estrangeiros), por oferecerem a possibilidade de aplicação em grupos de ativos específicos e sob uma administração e gestão especializada (o administrador do fundo deve possuir autorização da CVM – art. 78, § 1º, da In CVM nº 555/2014);
- *visando a mitigação da interferência do Administrador nas decisões de investimento no processo de aquisição, optou-se pela utilização de uma sociedade empresária (Celle), de forma que as decisões pudessem ser tomadas dentro de uma estrutura menos burocrática e com menos interferência da Administradora do SCG II FIP;*
- Em suma, as razões pelas quais a aquisição do controle acionário da Brinox ocorreu diretamente pela Celle (e não por meio do SCG II FIP) são: (i) *captação de recursos de terceiros;* (ii) *prestação de garantia;* (iii) *limitação da responsabilidade/dos riscos dos cotistas;* e (iv) *liberdade de negociação;*
- *não se pode olvidar que a tributação sobre o ganho de capital na operação em tela foi efetivamente recebida pelas Autoridades Fiscais brasileiras. Considerando-se este fator, relevante sob o ponto de vista arrecadatório, é lícito que, na outra "ponta" da operação, se amortize o ágio como "contrapartida" da tributação imediata do ganho de capital no Brasil;*
- também não se pode ignorar os impactos positivos do investimento estrangeiro de quase R\$ 300 milhões, que propiciou o crescimento e fortalecimento da companhia;
- *a despeito da clara necessidade da Celle nas operações em questão, o fato é que a sua utilização decorreu de uma opção legal disponível ao Grupo Southern Cross. De fato, inexistindo qualquer previsão legal que proíba a estrutura societária tal como foi realizada, não pode o Fisco buscar suprimir a liberdade negocial dos particulares, em razão de sua ausência de poderes de ingerência nestas relações.*

3.5. Sob o tópico “**III.1.3 - Do Preenchimento Dos Requisitos Legais Para Aproveitamento Do Ágio- Celie Como Real Adquirente E Efetivo Encontro Entre Os Patrimônios Das Sociedades Investidora E Investida**”, a impugnante defende que:

- *é descabida a pretensão da Autoridade Fiscal de coibir o direito da Impugnante 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 e essa condição de “confusão patrimonial” seria inexistente na legislação fiscal (existe no ordenamento jurídico brasileiro (instituto pertinente à desconsideração de personalidade jurídica nos casos de abuso em que os*

bens dos sócios e da pessoa jurídica se confundem), mas não possui relação coma amortização do ágio;

- *o requisito trazido pela legislação fiscal para o aproveitamento do ágio é a absorção do patrimônio da pessoa jurídica adquirida em virtude de (i) incorporação, (ii) fusão, (iii) cisão (ou absorção reversa do patrimônio da investidora pela investida), o qual foi integralmente cumprido no caso concreto, em que houve a incorporação reversa da Celle pela Brinox;*

- *ainda que se admita a possibilidade de aplicação do instituto da “confusão patrimonial” em um sentido não técnico/leigo, o que se admite apenas a título argumentativo, é certo que no caso em tela tal situação ocorreu, uma vez que ágio e investimento passaram a “se confundir” na Brinox, quando da incorporação reversa da Celle;*

- *as premissas fiscais de que Celle e Jari (empresas veículos) não possuíam propósito comercial, criadas unicamente para permitir o aproveitamento do ágio, por não refletirem a realidade dos fatos, não merecem prosperar, na medida em que se demonstrou que não podem ser caracterizadas como empresas veículo, possuindo efetivos propósitos comerciais na operação e que foi a própria Celle que atuou como adquirente na operação, obtendo empréstimo e empregando os recursos necessários para a aquisição da Impugnante;*

- *quando a Celle adquiriu a Brinox, registrando um ágio, devidamente pago, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, e, posteriormente, foi incorporada pela adquirida, ocorreu a absorção do investimento e do ágio pela Brinox (“confusão patrimonial”), possibilitando o início da amortização fiscal do ágio*

- *não pode subsistir o entendimento de que o “real adquirente” da Brinox foi o fundo SCG II FIP pois a aquisição da Brinox foi realizada por meio Celle e não pode a fiscalização pretender desconsiderá-la;*

- *Para investir em uma sociedade, algumas opções são ofertadas ao investidor. No caso em que a empresa é capitalizada por um fundo de investimento e adquire a participação societária, não há que se dizer que o “real adquirente” é o fundo ou, ainda, seus cotistas, apenas por ter sido este, em última instância, a suportar o ônus financeiro da aquisição*

- *havendo a incorporação do investimento adquirido (ou a incorporação reversa), tecnicamente denominada absorção patrimonial, a “confusão patrimonial” terá ocorrido, devendo ser admitida a dedutibilidade da amortização fiscal do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, reportando-se a trecho de voto proferido no acórdão nº 1301-001950 e a ementa do acórdão 1302-001150, ambos do CARF (fls. 2001/2002)*

3.6. Defende ainda a impugnante ter feito “**III.1.4 – Opção Legal e Impossibilidade de Ingerência do Fisco na Atividade do Contribuinte**”. Nesse sentido, repisa que a operação em comento não buscou nenhuma economia tributária que não as decorrentes estritamente da realização do negócio almejado pelas partes e argumenta:

- *que a necessidade de otimização da atuação empresarial passa, necessariamente, pela redução de despesas tributárias, que tem por fundamento o direito que o contribuinte detém de não ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, citando trecho de voto proferido no Acórdão do CARF nº 1302-001.150;*

- *a participação destas sociedades **holding** na aquisição do controle da Impugnante - além de todas as demais razões já pontuadas na presente defesa- representa uma **opção fiscal/legal, permitida pelo ordenamento jurídico** (que, insista-se, detinha propósitos e finalidades específicas) ainda que essa opção possa ter gerado, como consequência, uma economia fiscal;*

- ao analisar operações desta magnitude não se poderia ater exclusivamente aos aspectos tributários e *não cabe ao Fisco limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes que visam a melhor forma de gerir seus negócios*, frisando que o caminho adotado para aquisição das operações da Brinox no Brasil foi escolhido com base em razões totalmente alheias aos efeitos fiscais;

- o Fisco não pode adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares que visam o sucesso de sua atuação no mercado mesmo que a alternativa adorada seja menos onerosa (planejamento tributários – fl. 2005). Pautando-se no princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88; art. 150, I, da CF/88), no princípio da livre iniciativa (art. 170 do CTN); em lições de doutrinadores e na justificativa para supressão da revogação do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, (Projeto de Lei nº 2.922, de 2000) e, conclui que *não restam dúvidas de que o aproveitamento do ágio decorrente da aquisição da Brinox pela Celie, representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio Governo, e não um planejamento tributário, sendo desarrazoada a pretensão do Fisco de impor óbices inexistentes ao gozo desse direito*

3.7. Sob o tópico “**III.1.5 - Impossibilidade de Desconsideração Pela Fiscalização dos Negócios Jurídicos Praticados - Artigo 116 do CTN**”, a contribuinte alega que a *tentativa fiscal de desconsideração da operação realizada e a imputação de negócio jurídico "simulado" corresponde a uma indevida aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN que não poderia ser invocado em razão da ausência de regulamentação por meio de lei ordinária*. Rechaçando o argumento fiscal de que a operação trata-se de um planejamento tributário abusivo observa que *os procedimentos necessários à aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN dependem de elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento, não foi editada* (norma de eficácia limitada não pode ser aplicada).

3.8. Sob o “**III.1.6 – ‘Ad Argumentandum’ - Da Validade da "Sociedade Veículo" e da Jurisprudência do CARF**”, a impugnante defende que *a utilização de empresas veículo não é motivo suficiente para tornar inválida a amortização fiscal do ágio*, observando que, em diversas operações, a constituição de uma sociedade veículo é indispensável para obtenção do propósito comercial pretendido. O CARF tem aceitado a existência de tais sociedades nas estruturas societárias que envolvam aproveitamento do ágio, reportando-se a ementa ou votos de acórdãos do CARF que estariam a ratificar seu argumento. E conclui que, *ainda que a Celle (ou mesmo a Rio Jari) pudesse ser enquadrada como uma "empresa veículo", o que se admite apenas a título argumentativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vem reconhecendo a validade de operações em que a participação societária adquirida com ágio é realizada por meio de uma sociedade holding, constituída com a única finalidade de receber o investimento, motivo pelo qual deverá essa C. Turma Julgadora reconhecer a insubsistência do sautos de infração lavrados*.

3.9. No que se refere às “**III.2 - DESPESAS FINANCEIRAS – EMPRÉSTIMO**”, a contribuinte, sob o subtópico “**III.2.1 - Do Reconhecimento das Despesas Financeiras pela Impugnante Possibilidade de sua Dedução**”, rebate o argumento fiscal de que seriam desnecessárias pois o atuante: (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) *deixou de observar que as despesas com os juros das debêntures emitidas pela Celle eram dedutíveis para a Impugnante, eis que necessárias ao desenvolvimento da sua atividade*.

3.9.1. Em subtópico “**III.2.2. - Da Existência de Previsão Legal Expressa Autorizando a Dedução de Despesas com Juros**”, a contribuinte, com base no art. 374, inciso II, do RIR/99 defende que, *tratando-se de despesas com juros oriundos de empréstimo contraído para financiar a aquisição da Brinox, não há dúvida que se está tratando de despesa operacional, logo, dedutível*. E adverte que *ainda que o dispositivo em discussão faça referência à hipótese de ativação de tais despesas no caso da*

investida se encontrar em fase pré-operacional, por óbvio que, sendo operacional, as despesas em questão seriam, de plano, dedutíveis, conforme situação retratada nestes autos. Também defende: (i) não existir qualquer previsão na legislação que imponha a observância do disposto no artigo 299 do RIR/99 antes de se aplicar a regra expressa no art. 374, inciso II, retrocitado; (ii) a admissão de tal interpretação configuraria uma clara ofensa ao Princípio da Especialidade, visto que se estaria aplicando uma regra geral (artigo 299 do RIR/99) em uma situação que o legislador optou por tratar de forma específica (artigo 374 do RIR/99).

3.9.1.1. Acusa ainda a previsão específica no art. 31 da Lei nº 11.727, de 2008, relativamente à possibilidade de postergação do reconhecimento de despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos para investimento em controladas por empresas holding, tal como a Celle, que deixa evidente a possibilidade de dedução de tais valores. Citando ainda o parecer CST nº 127, de 1973, que esclarece que os dispêndios decorrentes da obtenção de empréstimo são despesas operacionais, e, portanto, dedutíveis, independentemente de sua vinculação direta com a aquisição do bem (não constituem preço adicional ao preço do bem – fl. 2020), bem como o parecer Normativo CST nº 26, de 1979, para argumentar que a própria Administração Pública já se manifestou acerca do tema, reconhecendo que as despesas financeiras oriundas de empréstimos são operacionais e regidas pelo disposto no artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77, cuja redação é reproduzida no artigo 374 do RIR/99.

3.9.2. No subtópico “**III.2.3. - Efeitos da Incorporação**”, a impugnante, reportando-se ao art. 1.116 do Código Civil e ao art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, argumenta que, na medida em que a Celle, sociedade incorporada, já possuía, em seu patrimônio, devidamente registrada em seu passivo, a despesa quanto aos encargos decorrentes dos empréstimos realizados, por meio da incorporação, conseqüentemente, tal obrigação transmitiu-se à incorporadora (Impugnante), em razão da sucessão universal. Pondera, ainda, se com a incorporação a sociedade incorporada se extingue, mas não se liquida, por subsistir sua realidade econômico-jurídica na incorporadora, é certo que a Impugnante incorporou a realidade econômico-jurídica da Celle e, juntamente com esta, todo o ativo, mas também, o passivo desta.

3.9.3. Também “**III.2.4 - Ad argumentandum - Da Necessidade da Despesa à Impugnante Aplicação do Artigo 299 do RIR/99**”, a contribuinte explica que a despesa operacional é aquela que: (i) é necessária, na medida em que é empregada na otimização das operações ou dos negócios, exigidos pela atividade que constitui o objeto social da pessoa jurídica (ii) é usual, por ser habitual para a realização do objeto social (ainda que não seja reiteradamente observada na prática, sendo justificável do ponto de vista negocial)/(ser habitual para a realização do objeto social, ainda que essa despesa não seja reiteradamente verificada na prática. Basta que ela seja justificável do ponto de vista negocial, para que fique evidente o potencial para se tornar usual), e (iii) é normal, se comumente verificada na realização do objeto social pelas empresas do ramo. Assim, defende a contribuinte que as despesas são operacionais (dedutíveis) quando forem justificáveis do ponto de vista gerencial, isto, é quando tal dispêndio estiver relacionado à atividade da empresa, ocorrer em seu benefício. E este seria o caso das despesas financeiras questionadas no presente processo administrativo, que permitiu o crescimento e desenvolvimento da Impugnante, sendo um relevante investimento do Grupo Southern Cross no Brasil, concretizado por meio da Celle.

3.9.3.1. Sobre a necessidade da despesa à impugnante, alega que a entrada do Grupo Southern Cross, concretizada por meio da Celle, representou forte objetivo negocial para a Impugnante, uma vez que, por sua relevância no mercado internacional de ‘private equity’, a Impugnante passou a contar com a expertise de negócios do grupo investidor, assumindo um novo patamar no mercado. Adicionalmente, alega que (i) a participação do Grupo Southern Cross no negócio da Impugnante lhe rendeu o aporte financeiro para investimento em inovações tecnológicas e no implemento de suas atividades. (ii) a Brinox aumentou significativamente o investimento em estrutura da empresa (ref. matéria Valor Econômico de 22/10/2014 - fl. 2030); (iii) a entrada de

investimento na Brinox representou fator determinante no desenvolvimento de sua penetração no mercado nacional e internacional; (iv) *despeito de já apresentar um bom crescimento no período que antecedeu à operação ora em foco, apenas com a concretização do investimento pelo Grupo Southern Cross por meio da Celle é que a Impugnante atingiu um novo patamar em sua perspectiva negocial, com relevante incremento de sua capacidade de produção e fatia de mercado (nacional e internacional (reporta-se a gráfico á fl. 2032). Assim conclui, não haver dúvida de que a aquisição (e, portanto, o empréstimo obtido para tanto) era necessária para a própria Impugnante, justificando, assim, a dedutibilidade das despesas financeiras incorridas.* E prossegue:

- *sem a emissão de CCB e, posteriormente, debêntures (originárias das despesas com os respectivos juros), debatidas nestes autos, a operação que traria o novo controlador que a Brinox necessitava para consolidar e fomentar seu crescimento não se efetivaria, o que, como já dito, limitaria o seu desenvolvimento,abrindo-se, inclusive, espaço para os seus concorrentes;*

- *muito embora o conceito de despesa necessária, normal e usual deva ser entendido de forma objetiva, cada empresa terá seus próprios tipos de despesas que poderão ser consideradas dedutíveis;*

- *a necessidade da despesa, para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, deve ser entendida de forma objetiva, ou seja, a despesa necessária é aquela inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente,ou com ela relacionada, ou que surge em virtude da simples existência da empresa e do papel social que ela desempenha;*

- *o entendimento fiscal exarado no RF não pode subsistir, tendo em vista que as despesas financeiras decorrentes das debêntures são plenamente dedutíveis para a Impugnante, seja em razão do artigo 374 do RIR/99, seja pelo fato de esta ter sucedido universalmente (direitos e obrigações / ativo e passivo) a Celie, seja porque tal despesa foi comprovadamente necessária ao desenvolvimento de sua atividade nos anos subsequentes à operação, em atendimento ao disposto no artigo 299 do RIR/99.*

3.10. Também alega a impugnante a “**III.3 - IMPOSSIBILIDADE DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS SUPOSTAMENTE NÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ**”, por inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL, das despesas consideradas indedutíveis pela fiscalização. Nesse sentido alega que *o legislador determinou a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (“numerus clausus”), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/88), não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente às despesas ora questionadas ou à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.* Também reporta-se a decisões do CARF e da CSRF no sentido de sua tese.

3.11. Reclama a impugnante “**III.4-AUSÊNCIA DA HIPÓTESE DE DOLO, FRAUDE, SONEGAÇÃO OU SIMULAÇÃO NO CASO CONCRETO - DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E INSUBSISTÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA**” e, por decorrência, deveria ser reconhecida a decadência do direito de o Fisco constituir a exação, bem como a impossibilidade da multa de ofício qualificada.

3.11.1. Argumenta a impugnante que a Fiscalização não questiona, em momento algum, os atos que culminaram com a aquisição da Impugnante (não questionou o pagamento e a obtenção do empréstimo, nem o próprio surgimento do ágio e seu fundamento econômico na rentabilidade futura do investimento). Segundo a impugnante, a acusação fiscal limitar-se-ia a questionar a participação das sociedade Celle e Rio Jarí, que sob a ótica fiscal, não possuem substância econômica e, assim, utilizadas unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio (efeitos não oponíveis ao Fisco).

3.11.2. Defende a impugnante não haver qualquer ato doloso de simulação, fraude ou conluio nas operações ora analisadas, e nesse sentido argumenta que:

- *Da análise do Item 4.6 do RF, em que aduzidas as razões para qualificação da multa e para a aplicação do prazo previsto no artigo 173 do CTN, as únicas menções diretas à Impugnante no que tange à suposta caracterização das hipóteses de fraude e conluio referem-se, alegadamente, às próprias exclusões das despesas da base de cálculo de IRPJ e CSLL, não imputando à impugnante qualquer conduta capaz de configurar prática dolosa de fraude, sonegação ou conluio;*

- *as operações que culminaram na aquisição da Brinox e que originaram o ágio em questão não foram questionadas no presente lançamento. O que o Fisco questionou foi, exclusivamente, a possibilidade de aproveitamento fiscal pela Impugnante em razão de uma alegada ausência de "confusão patrimonial" e a glosa das despesas representaria um inconformismo fiscal quanto ao reconhecimento das despesas incorridas;*

- *se não fosse a imputação do dolo, fraude e simulação, o crédito tributário estaria atingido pela decadência (art. 173, I, c/c § 4º do art. 150, ambos do CTN);*

- *uma operação que encontra suporte jurisprudencial favorável jamais poderia ser enquadrada como fraudulenta;*

- *relevante apontar que a suposta ocorrência de dolo, fraude, sonegação ou conluio é especialmente incabível com relação à suposta exclusão indevida das despesas com emissão de debêntures pela Celle, abordado no tópico III.2 da impugnação;*

- *a mera (e suposta) dedução indevida de despesas na apuração das bases de IRPJ e CSLL não é suficiente para suportar a ocorrência de dolo, fraude, conluio ou sonegação, a fim de justificar a aplicação do artigo 173, I, do CTN ou a imposição da multa qualificada, reportando-se a ementa e voto proferidos no acórdão 9101-003365;*

- *pode-se afirmar que haverá simulação sempre que um ato apresenta vontade diferente daquela aparentemente manifestada, o que, repise-se, não ocorre na situação presente neste processo administrativo (nenhum dos requisitos previstos pelo art. 167 do Código Civil estaria presente no caso; a intenção das partes ao efetuar tais negociações sempre foi demonstrada claramente, jamais encoberto ou simulado qualquer negócio jurídico);*

- *simulação não se presume e não se prova por meio de indícios, ela deve ser efetivamente comprovada, ela deve ser efetivamente comprovada; segundo jurisprudência do CARF, a simulação, por si só, não revela conduta ilícita e portanto não seria suficiente para caracterizar as hipóteses descritas nos arts. 71 a 73 da lei nº 4.502, de 1964, reportando-se a ementa do acórdão 9101-002189 do CARF;*

- *a contribuinte não agiu com intuito de fraude, pois: (i) prestou informações detalhadas e forneceu todos os documentos solicitados à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal (fato que se confirma visto as mais de 1.500 folhas acostadas aos presentes autos);(ii) registrou, arquivou e submeteu à análise os atos societários foram devida e corretamente registrados e arquivados na Junta Comercial e declarados ao Fisco Federal (obrigações acessórias); e (iii) diligenciou para conferir total transparência às informações referentes operações e às estruturas de investimento em análise;*

- *também não haveria que se falar em conluio no presente caso, porque a autoridade fiscal também não comprovou tal prática (não há como haver conluio entre a pessoa jurídica e seus sócios, uma vez que manifestam conjuntamente a sua vontade);*

3.11.3. A impugnante alega, ainda, “**III.4.1 -Decadência do Crédito Tributário - Ano-Calendarário 2013 (Artigo 150, §4º, do CTN)**”, considerando-se que houve recolhimento de IRPJ, retido na fonte em nome da Impugnante, e CSLL, no decorrer do ano-calendarário 2013 (doc. 03 – DIPJ 2014/AC 2013 – fls .2247/2350), deverá ser aplicada a regra prevista no artigo 150, §4º, do CTN, reconhecendo-se, assim, a decadência do direito do fisco de questionar os fatos geradores relativos a tal período,

tendo em vista que decorridos mais de cinco anos entre tais fatos e a ciência da Impugnante quanto à lavratura dos presentes autos de infração. Reportando-se, ainda à Sumula 123 do CARF.

3.11.4. Reclama, assim, a “**III.4.2 - Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada**”, porque não teria sido comprovada, por parte da fiscalização, a ocorrência de qualquer sonegação, conluio ou prática fraudulenta nas operações objeto de questionamento. Citando Marco Aurélio Greco, alega que para a exigência da multa qualificada não basta que o contribuinte tenha praticado de forma consciente o ato desqualificado, sendo imprescindível que haja a comprovação da intenção do contribuinte de praticar o ato previsto no tipo penal tributário e que, agindo o contribuinte em consonância com decisões administrativas vigentes na época dos fatos, não seria cabível nem mesmo a multa de 75%. Invoca, ainda, as súmulas CARF n.º 14 e 25 (sobre omissão de receitas) que estriam a confirmar que a qualificação da multa depende de prova da existência de dolo.

3.11.4.1. A contribuinte alega, ainda, “**III.4.2.1 - AdArgumentandum - Erro na Interpretação da Legislação Fiscal**” Citando excertos de ementa de voto dos acórdãos do CARF 9101-01.402 e CSRF 02-02.896, argumenta que, quando muito teria ocorrido *um erro na interpretação da legislação fiscal por parte da Impugnante, o que não se confunde com a prática de conduta dolosa*. Cita ainda ementa de acórdãos do CARF (1301-002158, 1101-000962 e 1401-001903) e lição de Humberto Ávila para concluir que, na hipótese de se entender *que não seria possível a exclusão da amortização de ágios procedida pela Impugnante nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL, deve-se reconhecer que, quanto muito, o que ocorreu foi um erro na interpretação da legislação tributária pela Impugnante, o que não justifica a qualificação da multa de ofício*.

3.11.4.2. Também reclama, a impugnante, “**III.4.2.2 – Ad Argumentandum - Da Vedação ao Confisco**”, com base no art. 150, inciso IV do CTN, alega que a multa de ofício qualificada tem caráter confiscatório por exceder o limite racional e econômico da fonte de arrecadação, invocando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em vista do art. 62, § 2º, do atual Regimento do CARF aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, pede que se observe *decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI-MC 1075 e ADI 551, que, em sede de Repercussão Geral, o STF julgou constitucional a cobrança moratória de 20%, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 582.461*.

3.11.4.2.1. Ao final do subtópico, argumenta que *caso assim não se entenda, tendo em vista que a inconstitucionalidade da multa qualificada no patamar de 150%, em razão da acusação fiscal de sonegação, fraude ou conluio, prevista no § 1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96 será julgada em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 736.090, deverá esta C. Turma Julgadora determinar o sobrestamento deste processo administrativo, nos termos do artigo 1.037 da Lei n.º 13.105/201560 (Novo Código de Processo Civil), aplicável ao caso concreto*

3.12. Sob o tópico “**III.5 - DEMAIS ARGUMENTOS RELACIONADOS À INSUBSISTÊNCIA DAS PENALIDADES APLICADAS**”, a contribuinte queixa-se, ainda, “**III.5.1- Da Impossibilidade da Cobrança da Multa Isolada em Razão da Falta de Recolhimento do IRPJ e da CSLL por Estimativa**” sob o argumento de que a multa isolada somente poderia ser exigida, caso se verificasse a falta de recolhimentos de tributos devidos por estimativa antes do término do ano-base, invocando a Súmula 82 do CARF, e mais, não poderia haver sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada (pela falta de recolhimento de estimativas) com qualquer outra penalidade *multa de ofício sobre IRPJ e CSLL devidos no ajuste), quando os valores adicionados nas bases mensais são os mesmos incluídos no cálculo do ajuste anual, reportando-se à Sumula 105 do CARF; a excerto do acórdão 1202-001228 do mesmo Conselho e a ementa do AgRg no REsp 1576289/RS, Rei. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDATURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/05/2016.

3.12.1. Também sob o subtópico “**III.5.2 - Da Impossibilidade de Exigência das Multas em caso de Dúvida**” e com base no art. 112 do CTN, argumenta que, na hipótese de se decidir por maioria de votos pela manutenção dos lançamentos (divergência de votos), *caso reste inequívoca a presença da dúvida quanto à correção das autuações originárias do presente processo, requer-se que esta C. Turma Julgadora reconheça, ao menos, a impossibilidade de se manter a exigência quanto às multas de ofício e isolada aplicadas nos presentes autos.*

3.13. Ao tratar “**III.6 - DAS COMPENSAÇÕES E RETIFICAÇÕES INDEVIDAS DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL**”, a contribuinte reclama “**III.6.1 - Da Impossibilidade da Exigência do Débito Consubstanciado no Presente Processo ANTES do Término do Processo Administrativo Vinculado - Falta de Liquidez e Certeza à Autuação Fiscal**” e, nesse sentido registra foi considerado para fins de apuração/compensação dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL apurados pela impugnante, os efeitos fiscais referentes às exigências formalizadas nos autos do processo administrativo nº 11080.733632/2017-83 (Doc. 4 – fls. 2351/2367), *não podendo a Fiscalização considerar como inexistente os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL apurados pela Impugnante até o ano-calendário de 2012 meramente em razão da lavratura de autos de infração de IRPJ e CSLL.* Defende que somente quando houver decisão definitiva e desfavorável à impugnante *é que poderão ser-lhe exigidos os valores que alegadamente não foram acrescidos na apuração da base de cálculo do IRPJ ou da CSLL, com a consequente diminuição dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa, acusando não ser líquido e certo o lançamento fiscal objeto do PA nº 11080.733632/2017-83.*

3.13.1. Requer, assim, *o sobrestamento do presente processo administrativo até o julgamento definitivo do processo administrativo nº 11080.733632/2017-83, já que a efetiva apreciação do mérito naqueles autos é questão imprescindível para a verificação dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa apurados pela Impugnante no ano-calendário ora autuado, nos termos dos já citados termos do artigos 15 e 1.037 do Novo Código de Processo Civil.*

3.13.2. Em último tópico “**III.6.2 - Da Necessidade Reversão das Retificações e Compensações Quanto aos Saldos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL Apurados pela Impugnante no Ano-Calendário 2013**”, requer, em face da improcedência das autuações (que entende restaram demonstradas), *que os valores compensados de ofício pela Autoridade Fiscal por meio dos autos de infração em questão deverão ser restabelecidos ao final do presente processo administrativo, com o julgamento favorável a Impugnante.*

3.14. Ao final, pede a impugnante *o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, seja pelas razões de mérito, seja pelas razões preliminares suscitada, para o cancelamento integral dos autos de infração de IRPJ e CSLL, extinguindo-se a totalidade dos créditos exigidos, com o consequente restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL.*

4. Os Responsáveis tributários também apresentaram suas impugnações, conforme tabela a seguir:

Sujeito Passivo	Apresentação da Defesa		Impugnação fls.	Procuração fls.
	Data	fls.		
Norberto Oscar Morita	09/12/2019	5319	5319/5371	5288/5304
Horácio Reyses Travers	09/12/2019	5521	5521/5572	5264/5280
Raul Francisco Sotomayor Valenzuela	10/12/2019	3866	3866/3923	5245/5256
Angel Jose Uribe	09/12/2019	4299	4299/4352	4357/4361
Rodrigo Lowndes	09/12/2019	5383	5383/5437	5438/5440
Diego Stark	09/12/2019	5467	5467/5507 e 5449/5460	5118/5120
Julio Moura Neto	10/12/2019	3125	3125/3180	4234/4236
Christian Emilio Hartenstein	09/12/2019	2774	2774/2828	4224/4226
Everaldo Luiz Boschetti	09/12/2019	1595	1595/1645	4286/4288
Ricardo Herber	10/12/2019	3513	3513/3567	4294/4296
Southern Cross do Brasil Admin. de Recursos Ltda	10/12/2019	2581/2584	2585/2609	5214/5216
Rio Jari Participações S/A	10/12/2019	2390	2392/2417	5181/5183

Nota.: Há de se observar que os responsáveis tributários, Sr. Norberto Oscar Morita, Sr. Horácio Reyses Travers, Sr. Rodrigo Lowndes e Sr. Diego Stark, apresentaram suas peças de defesa em 09/12/2019 e a reapresentaram em 16/01/2020, pois, conforme informado em correspondência eletrônica da Chefe de Equipe de Arrecadação e Cobrança da Delegacia da RFB de Caxias do Sul (cópias acostadas às fls. 5316, 5380 e 5464, 5518), datada em 14/01/2020, foram excluídas, por equívoco, as impugnações desses sujeitos passivos, motivo pelo qual foi solicitada a reapresentação.

4.1. As impugnações apresentadas pelos responsáveis tributários podem assim ser divididas quanto à estruturação dos argumentos:

- Os Senhores Norberto, Horácio, Diego, Rodrigo e Angel, apresentaram a impugnação com a seguinte estrutura:

I - DOS FATOS.....	3
II - PRELIMINARES.....	5
II.1 - Da Falta de Fundamentação da Responsabilidade Tributária Atribuída ao Impugnante no Auto de Infração - Ausência de Indicação dos Motivos de Fato que Levariam à Suposta Responsabilidade	5
II.2 - Da Confusão entre Institutos de Responsabilidade Tributária que Não se Relacionam - Artigo 124 (Licitude) x Artigo 135 (Ilicitude) são Excludentes entre Si	12
II.3 - Da Inaceitável Pretensão Fiscal de Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	16
III - MÉRITO.....	18
III.1 - Ratificação e Aproveitamento das Razões de Defesa do Sujeito Passivo Principal ..	19
III.2 - Da Improcedência da Responsabilização do Impugnante no Caso Concreto	21
III.3 - Impossibilidade da Sujeição Passiva por Responsabilização Pessoal do Impugnante (artigo 135, inciso III, do CTN)	25
III.3.1 - Inocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou Infração de Lei, Contrato Social ou Estatutos	26
III.3.2 - Falta de Comprovação de Dolo e Nexo Causal - Impossibilidade de Aplicação do Artigo 135 do CTN	34
III.3.3 - Da Impossibilidade de Atribuição da Sujeição Passiva ao Impugnante Com Base no Artigo 135, inciso III, do CTN em Razão de sua Posição	39
III.4. - Impossibilidade de Atribuição da Sujeição Passiva Solidária ao Impugnante (artigo 124, inciso I, do CTN).....	42
III.4.1. - Diferenciação entre Interesse Comum e Interesse Econômico	43
III.4.2. - Da Inexistência de "Interesse Comum" no Presente Caso	50
III.5 - Do Princípio da Pessoalidade da Pena.....	52
III.6 - Da Impossibilidade de Exigência das Multas no Caso de Dúvida - Aplicação do Artigo 112 do CTN	52
IV- DO PEDIDO	53

- Os Senhores Raul, Júlio, Christian, Everaldo e Ricardo, acrescentaram à estrutura de argumentação acima, a preliminar "**II.1. Da Necessidade que a Administração Pública Atue de Forma Coerente**".

- As pessoas Jurídicas Southern Cross Brasil e Rio Jarí Participações, apresentaram a estrutura de argumentação abaixo que se encontra contida nas argumentações acima:

I - DOS FATOS.....	3
II - PRELIMINARES	5
II.1 - Da Falta de Fundamentação da Responsabilidade Tributária Atribuída à Impugnante nos Autos de Infração - Ausência de Indicação dos Motivos de Fato que Levariam à Suposta Responsabilidade	5
III - MÉRITO	9
III.1 - Ratificação e Aproveitamento das Razões de Defesa do Sujeito Passivo Principal ..	10
III.2. - Impossibilidade de Atribuição da Sujeição Passiva Solidária à Impugnante (artigo 124, inciso I, do CTN)	13
III.2.1. - Diferenciação entre Interesse Comum e Interesse Econômico	13
III.2.2. - Da Inexistência de "Interesse Comum" no Presente Caso	20
III.3 - Do Princípio da Pessoalidade da Pena	23
III.4 - Da Impossibilidade de Exigência das Multas no Caso de Dúvida - Aplicação do Artigo 112 do CTN.....	24
IV- DO PEDIDO.....	25

- Desta forma, serão relatados os tópicos em comum e também os argumentos apresentados especificamente por cada um dos sujeitos passivos (no tópico: “Da impropriedade da Responsabilização do Impugnante no caso concreto”).

4.2. Conforme já adiantado, em preliminar os Srs. Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, Júlio Moura Neto, Christian Emilio Hartenstein, Everaldo Luiz Boschetti e Ricardo Herber, apresentaram alegação referente à **Necessidade de a Administração Pública atuar de Forma Coerente**, isto porque a eles não havia sido atribuída responsabilidade tributária solidária nas autuações anteriores (PAs nºs 11080.729510/2016-10 e 11080.733632/2017-83) e, assim, sendo o presente processo uma *repercussão dos efeitos fiscais no Ano-Calendarário de 2011*, a autoridade fiscal teria alterado *o critério jurídico no presente caso*, conduta vedada nos termos do art. 146 do CTN. Alega que *a alteração de opinião das Autoridades Fiscais acerca de determinada situação jurídica, antes reconhecida como legítima, impõe total insegurança jurídica aos contribuintes, além da quebra da proteção à confiança*, uma vez que *não se trata de fatos jurídicos distintos ou que se repetem, mas apenas dos efeitos tributários em exercícios distintos daqueles já autuados*.

4.2.1. Caso não se entenda pela aplicação do art. 146 do CTN, deveria ser reconhecida a impossibilidade de responsabilizar os Senhores Raul, Júlio, Christian, Everaldo e Ricardo tendo em vista a preservação da segurança jurídica e a proteção à confiança, de observância compulsória pela Administração Pública. Também teria a autoridade fiscal violado o postulado da proibição “*ventre contra factum proprium*”, que veda a Administração pública de adotar comportamentos contraditórios. A postura fiscal também teria desrespeitado o princípio da boa fé objetiva, que exige que a Administração atue de forma coerente.

4.2.2. Concluem, assim, que, *além do disposto no artigo 146 do CTN, também em razão do postulado da proibição do "ventre contra factum proprium" e do princípio da boa-fé objetiva, não pode a Autoridade Fiscal incluir o Impugnante no polo passivo deste processo, o que deve ser reconhecido por esta C. Delegacia de Julgamento*.

4.3. Quanto à alegada “**Falta de Fundamentação da Responsabilidade Tributária Atribuída ao Impugnante no Auto de Infração - Ausência de Indicação dos Motivos de Fato que Levariam à Suposta Responsabilidade**” (alegação comum a todos, sendo que as pessoas jurídicas referem-se apenas ao art. 124, inciso I, do CTN), não teria havido a subsunção dos fatos específicos aos artigos 124, inciso I e 135, inciso III, do CTN. O relatório fiscal estaria a demonstrar as supostas infrações do sujeito passivo principal e, ao final, decidiu por responsabilizar diversas pessoas (físicas e jurídicas) por estarem “envolvidas nas operações fiscalizadas, *sem detalhar a participação de cada uma*. Alegam não se ter buscado comprovar o “interesse comum” (art. 124, inciso I, do CTN), nem indicado qual conduta teria importado em excesso de poderes, infração ao estatuto ou a lei, bem como não foi indicado qual parte do estatuto ou qual legislação teria sido infringida (art. 135, inciso III, do CTN). A acusação de que os responsáveis “ganham simultaneamente com o fato econômico tornado fato gerador pela lei tributária” carece de comprovação (seria simples suposição da autoridade fiscal).

Administrar empresas, por si só, *não pode ser considerado como ato cometido com excesso de poderes.*

4.3.1. Argumenta que *não basta que a Autoridade diga genericamente que um conselheiro participou das deliberações do Conselho de Administração ou que um diretor praticou atos pertinentes à Diretoria, mas é necessário que se identifique precisamente quais foram as condutas praticadas pelo administrador que poderiam ser classificadas como excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, bem como os fundamentos que sustentam tal conclusão.*

4.3.2. Concluem os impugnantes que, *diante da ausência de motivação da imputação da responsabilidade pessoal (art. 135 do CTN) e solidária (art. 124 do CTN) ao Impugnante em relação ao crédito tributário cobrado, verifica-se, claramente, a patente ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e ao artigo 142 do CTN.* E citam ementas de acórdãos do CARF e CSRF que estariam a corroborar seus argumentos. Alegam ainda que a autoridade fiscal viu-se compelida a apontar a ocorrência de dolo, fraude, simulação e conluio para que o crédito tributário não fosse considerado decaído (art. 150, § 4º, do CTN) e, assim, ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN. Seria, assim, de rigor, o o reconhecimento da nulidade dos Termos de Responsabilidade Tributárias.

4.4. Os responsáveis tributários, pessoas físicas, alegam que na imputação da responsabilidade tributária, houve *“Confusão entre Institutos de Responsabilidade Tributária que Não se Relacionam - Artigo 124 (Licitude) x Artigo 135 (Ilicidade) são Excludentes entre Si”*, assim, expõe que a norma do art. 124 está a disciplinar a responsabilidade solidária (aplicada quando há pluralidade de sujeitos passivos na materialização da hipótese tributária – no campo da licitude- interesse comum), enquanto a do art. 135 redireciona a obrigação tributária para outra pessoa que, em regra, não estaria inserida na definição de sujeito passivo da exação (prática de atos com dolo, no campo da ilicitude). Assim, não se poderia enquadrar os impugnantes no art. 124, inciso I sob o argumento de que foram praticados atos dolosos, artificiosos ou fraudulento. Apontam *ser manifesta a impossibilidade de se enquadrar o[s] Impugnante[s] como responsável[eis] com base no artigo 124, inciso I, e, ao mesmo tempo, no artigo 135, III, ambos do CTN, sendo que tais disposições legais visam alcançar diferentes institutos jurídicos.* Defendem, assim, a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva em debate.

4.5. Também, em preliminar, as pessoas físicas alegam ser **Inaceitável a Pretensão Fiscal de Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Nesse sentido defendem que (i) *a Autoridade Fiscal pretendeu, ainda que indiretamente, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem que, entretanto, fosse demonstrada a configuração da hipótese legal para tanto;* (ii) não havendo a subsunção do caso em análise às hipóteses do art. 135 do CTN, tem-se por ilegal a desconsideração da personalidade jurídica de modo a atingir o patrimônio dos impugnantes; (iii) a autoridade fiscal deveria ter trazido *elementos probatórios aptos a demonstrar que o Impugnante contornou as normas legais a fim de desvirtuar a personalidade jurídica de alguma das sociedades envolvidas na operação sob análise, utilizando-se desta entidade indevidamente,* o que não teria acontecido (art. 1.080 do Código Civil - nas deliberações **infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade** dos que expressamente as aprovaram); (iv) a desconsideração da personalidade jurídica só seria possível por meio de decisão judicial (ar. 50 do Código Civil). Pede assim, a nulidade da autuação fiscal.

4.6. Quanto ao mérito, os responsáveis tributários pedem a **Ratificação e Aproveitamento das Razões de Defesa do Sujeito Passivo Principal** (Brinox). E no no subtópico **“Improcedência da Responsabilização do Impugnante no Caso Concreto”**, além de ratificarem a argumentação de falta de fundamentação, os responsáveis tributários apresentaram os seguintes argumentos:

- O Sr. **Norberto Oscar Morita** (fls. 5339/5342) argumenta que foi imputada a responsabilidade a ele em razão de (a) ser integrante do Conselho de Administração da

Brinox; e (b) sócio da Southern Cross Group. Defende que: (i) a simples ocupação de posição no Conselho de Administração jamais seria capaz de atrair a sua responsabilidade tributária; (ii) *o fato de o artigo 10 do Estatuto Social da Brinox(...) mencionar que a administração da Companhia se dará por um Conselho de Administração e por uma Diretoria não significa que ambos órgãos teriam a mesma função*; (iii) o § 1º do art. 138 da Lei nº 6.404, de 1976, dispõe que *o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, com competências específicas no artigo 142 da LSA que o distingue da Diretoria*; (o art. 135, III, não menciona membros do Conselho de Administração), não lhe podendo atribuir responsabilidade com base no art. 124 ou 135 do CTN; (iv) a posição de sócio da Southern Cross Group também não é capaz de atrair a responsabilidade pelos mencionados artigos, pois, foi constatada por uma consulta ao *website* do grupo e notícia retirada da *internet* (em espanhol – tradução livre sem caráter oficial) e, *além de não assegurarem a veracidade da informação de que há participação societária, não se pode saber o tamanho da suposta participação societária do Impugnante no grupo, ou por qual período foi, de fato, sócio*; (v) ainda que se assumisse a premissa fiscal de sócio do Southern Cross Group, essa posição em nada influenciaria na possibilidade de imputar-lhe responsabilidade pelo crédito tributário da Brinox (a condição de sócio não é capaz de fundamentar o interesse comum). Defende, assim, o cancelamento do termo de Responsabilidade.

- O Sr. **Horácio Reyses Travers** (fl. 5540/5544), também repete os mesmos argumentos apresentados pelo Sr. Norbero Oscar Morita, à exceção da parte em que contesta o fato de terem sido colhidas informações pela *internet*.

- O Sr. **Raul Francisco Sotomayor Valenzuela** (fls. 3890/3893) também repete os mesmos argumentos apresentados pelo Sr. Norbero Oscar Morita, à exceção da parte em que contesta o fato de terem sido colhidas informações pela *internet*, acrescentando-se apenas a alegação de que as operações realizadas ocorreram em 2011 e que somente passou a compor o Conselho de Administração da Brinox em março de 2013 (fls. 1235/1237), *não sendo possível, por razões temporais, que tivesse qualquer participação enquanto membro do Conselho de Administração do sujeito passivo principal na época fiscalizada*. Como os Srs. Norberto e Horácio, pede o cancelamento do Termo de Responsabilidade e, no caso de se entender pela manutenção de sua responsabilização que o seja somente a partir de março de 2013, momento em que ingressou no conselho de Administração da Brinox.

- O Sr. **Angel Jose Uribe** (fls. 4319/4323) argumenta que lhe foi imputada a responsabilidade em razão de ocupar as seguintes posições (a) integrante do Conselho de Administração da Brinox; (b) sócio da Southern Cross do Brasil; (c) diretor da Celle; (d) integrante do Conselho de Administração da Celle; (v) diretor da Rio Jarí; e (e) integrante do Conselho de Administração da Rio Jari. Também alega que (i) *a simples ocupação de posição pelo Impugnante no Conselho de Administração, tanto da Brinox, quanto da Celle (incorporada) e Rio Jari, jamais seria capaz de atrair a sua responsabilidade tributária*; (ii) *o fato de o artigo 10 do Estatuto Social da Brinox(..) mencionar que a administração da Companhia se dará por um Conselho de Administração e por uma Diretoria não significa que ambos órgãos teriam a mesma função*; (iii) o § 1º do art. 138 da Lei nº 6.404, e 1976, dispõe que *o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, com competências específicas no artigo 142 da LSA que o distingue da Diretoria*; (o art. 135, III, não menciona membros do Conselho de Administração), não lhe podendo atribuir responsabilidade com base no art. 124 ou 135 do CTN; (iv) *a posição do Impugnante enquanto sócio no Southern Cross do Brasil também não é capaz de atrair a responsabilidade pelos artigos supracitados*; (v) *apesar de sua condição de sócio do Impugnante ter sido indicada pela Autoridade Fiscal, não foi mencionada a sua posição significativamente minoritária (irrisória) na referida sociedade (nunca teve mais que 5% das cotas da sociedade, não sendo capaz de influenciá-la com seu poder de voto)*; (vi) *o Impugnante, enquanto sócio do Southern Cross do Brasil não preenchia a hipótese prevista no art. 135, III, do CTN, nem a condição de sócio é suficiente para caracterização do interesse comum para se aplicar o art. 124, inciso I, do mesmo Código. Conclui que não se podendo admitir a*

responsabilização do impugnante, deve ser cancelado o Termo de Responsabilidade contra ele lavrado.

- O Sr. **Rodrigo Lowndes** (fls. 5403/5407) argumenta que lhe foi imputada a responsabilidade em razão de ocupar as seguintes posições: (a) integrante do Conselho de Administração da Brinox; (b) diretor da Brinox; (c) sócio da Southern Cross do Brasil; (d) diretor da Celle; (e) integrante do Conselho de Administração da Celle; (f) diretor da Rio Jarí; e (g) integrante do Conselho de Administração da Rio Jarí. Também alega que (i) a simples ocupação de posição pelo Impugnante no Conselho de Administração, tanto da Brinox, quanto da Celle (incorporada) e Rio Jari, *jamais seria capaz de atrair a sua responsabilidade tributária*; (ii) *o fato de o artigo 10 do Estatuto Social da Brinox(...) mencionar que a administração da Companhia se dará por um Conselho de Administração e por uma Diretoria não significa que ambos órgãos teriam a mesma função*; (iii) o § 1º do art. 138 da Lei nº 6.404, e 1976, dispõe que *o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, com competências específicas no artigo 142 da LSA que o distingue da Diretoria* (o art. 135, III, não menciona membros do Conselho de Administração), não lhe podendo atribuir responsabilidade com base no art. 124 ou 135 do CTN; (iv) a posição do Impugnante enquanto sócio no Southern Cross do Brasil *também não é capaz de atrair a responsabilidade pelos artigos supracitados*; (v) apesar de sua condição de sócio do Impugnante ter sido indicada pela Autoridade Fiscal, *não foi mencionada a sua posição significativamente minoritária (irrisória) na referida sociedade (nunca teve mais que 5% das cotas da sociedade, não sendo capaz de influenciá-la com seu poder de voto)*; (vi) o Impugnante, enquanto sócio do Southern Cross do Brasil não preenchia a hipótese prevista no art. 135, III, do CTN, nem a condição de sócio é suficiente para caracterização do interesse comum para se aplicar o art. 124, inciso I, do mesmo Código. Conclui que não se podendo admitir a responsabilização do impugnante, deve ser cancelado o Termo de Responsabilidade contra ele lavrado.

- O Sr. **Diego Stark** (fls. 5487/5491) argumenta que lhe foi imputada a responsabilidade em razão de ocupar as seguintes posições: (a) integrante do Conselho de Administração da Brinox; (b) diretor da Brinox; (c) sócio da Southern Cross do Brasil; (d) diretor da Celle; (e) integrante do Conselho de Administração da Celle; (f) diretor da Rio Jarí; e (g) integrante do Conselho de Administração da Rio Jari. Repete assim as mesmas alegações que os Srs. Angel Jose Uribe e Rodrigo Lowndes, já acima reproduzidas, concluindo, da mesma forma, que não se podendo admitir a responsabilização do impugnante, deve ser cancelado o Termo de Responsabilidade contra ele lavrado.

- O Sr. **Julio Moura Neto** (fls. 3149/3150) , alega que: (i) *a simples ocupação de posição pelo[s] impugnante[s] no Conselho de Administração da Brinox jamais seria capaz de atrair a sua responsabilidade tributária*; (ii) *o fato de o artigo 10 do Estatuto Social da (...) mencionar que a administração da Companhia se dará por um Conselho de Administração e por uma Diretoria não significa que ambos órgãos teriam a mesma função*; (iii) o § 1º do art. 138 da Lei nº 6.404, e 1976, dispõe que *o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, com competências específicas no artigo 142 da LSA que o distingue da Diretoria* 9º art. 135, II, não menciona membros do Conselho de Administração)

- O Sr. **Christian Emilio Hartenstein** (fls. 2798/2799) e o Sr. **Everaldo Luiz Boschetti** (fls. 1615/1616), argumentam que foi imputada a responsabilidade aos impugnantes em razão de ocuparem o cargo de diretores da Brinox, contudo as operações realizadas ocorreram em 2011 e os Srs. Christian e Everaldo somente passaram a compor a Diretoria da Brinox em 2012 (fl. 1233 – sendo que o Sr. Everaldo renunciou em outubro de 2013), não sendo possível, por razões temporais, que tivessem qualquer participação, enquanto diretores, da operação questionada. Pedem o cancelamento dos respectivos Termos de Responsabilidade, tendo em vista que a simples ocupação de cargo de diretor não é capaz, por si só, de atrair a responsabilidade tributária pelo art. 124 ou 135 do CTN, principalmente quando o exercício do cargo ocorreu em período posterior às operações que deram ensejo às supostas infrações.

- O Sr. **Ricardo Herber** (fls. 3537/3538), argumenta que foi imputada a responsabilidade a ele em razão de ocupar o cargo de diretor da Brinox, contudo as operações realizadas ocorreram em 2011 e o impugnante somente passou a compor a Diretoria da Brinox em outubro de 2013 (fl. 1243), não sendo possível, por razões temporais, que tivesse qualquer participação, enquanto diretor, da operação questionada. Pede o cancelamento do Termo de Responsabilidade, tendo em vista que a simples ocupação de cargo de diretor não é capaz, por si só, de atrair a responsabilidade tributária pelo art. 124 ou 135 do CTN, principalmente quando o exercício do cargo ocorreu em período posterior às operações que deram ensejo às supostas infrações.

- As pessoa jurídicas **Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda.** (fls. 2597) e **Rio Jarí Participações Ltda.** (fls. 2404/2405) não apresentaram alegação específica como as pessoas físicas passando a alegar diretamente a “Impossibilidade de atribuição da sujeição passiva solidária à Impugnante (art. 124, inciso I, do CTN).

4.7. As pessoas físicas responsabilizadas também argumentam “Impossibilidade da Sujeição Passiva por Responsabilização Pessoal do Impugnante (art. 135, inciso III, do CTN), nesse sentido argumentam

4.7.1. **Inocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou infração de Lei, contrato Social ou Estatutos**, pois: (i) não se encontrariam no Relatório fiscal os atos específicos praticados pelos Impugnantes que supostamente suportariam a responsabilidade tributária baseada no art. 135, inciso II, do CTN (*atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto*); (ii) eventual assunção de benefício econômico não se coaduna com as hipóteses de responsabilidade previstas no CTN; (iii) a fundamentação fiscal é genérica, insuficiência e não estaria a demonstrar o nexo causal entre os atos praticados pelos impugnantes e a suposta redução indevida de tributos, reportando-se à Súmula 430 do STJ (“*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio gerente*”), ao Parecer PGFN CAT nº 55, de 2009 (fl. 3156 – fl. 32 do Júlio), e a julgados administrativos e judicial.

4.7.2. **Falta de Comprovação de Dolo e Nexo Causal – Impossibilidade de aplicação do Art. 1354 do CTN**. Argumentam que (i) ao falar de “*evidente intuito de fraude em virtude da simulação que orquestraram através do conluio de empresas com a finalidade de um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos*”), está a se discutir o dolo, não provados nos autos; (ii) a *mera indicação de pessoas que teoricamente teriam o poder de ingerência na pessoa jurídica (sujeito passivo principal), sem a respectiva individualização acerca de quem teria praticado (e quais) atos ou incorrido em condutas com excesso de poderes ou infração à lei ou estatuto social, em nada justifica ou é suficiente para amparar a postura da Autoridade Fiscal em responsabilizar o Impugnante por débitos fiscais de pessoa jurídica*; (iii) a responsabilidade tributária lastreada em presunção é inadmissível e insuficiente para aplicação do art. 135 do CTN.

4.7.3. **Impossibilidade de Atribuição da Sujeição Passiva ao Impugnante Com Base no Artigo 135, inciso III, do CTN em Razão de sua Posição**, repisando, os impugnantes, que a autoridade fiscal imputou-lhes responsabilidade simplesmente *em função de seus cargos*, mas que a dicção do art. 135, inciso III, do CTN, impõe a efetiva prova e demonstração da autação dolosa com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, reportando-se a julgados judicial e administrativos para embasar o argumento. Pedem assim, o cancelamento dos Termos de Responsabilidade Tributária contra eles lavrados.

4.8. Todos os impugnantes, pessoas físicas e jurídicas, alegam **Impossibilidade de Atribuição da Sujeição Passiva Solidária ao Impugnante (artigo 124, inciso I, do CTN)**.

4.8.1. Nesse sentido, argumentam haver **Diferenciação entre Interesse Comum e Interesse Econômico**, expondo que (i) o art. 124, inciso I, do CTN *trata das situações nas quais se verifica uma pluralidade de sujeitos concorrendo na hipótese de*

*incidência, sendo todos qualificados como contribuintes (por possuírem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador do tributo), contexto em que o termo “interesse comum” reporta-se ao interesse jurídico dos contribuintes que ocupam o mesmo polo na situação eleita pelo legislador como hipótese de incidência da obrigação principal e não trata, portanto, de uma hipótese de responsabilidade em razão de mero interesse econômico, como parece sugerir a Autoridade Fiscal; (ii) são distintos os institutos da “solidariedade” (interesse comum) e da “responsabilidade tributária” (atribuir a terceiro o cumprimento da obrigação tributária), sendo **figuras completamente dissociadas, que foram utilizadas como semelhantes e concomitantes, de maneira equivocada, pela Autoridade Fiscal; (iii) interesse comum não se confunde com interesse econômico, social ou moral, mas decorre de direitos e deveres compartilhados por pessoas situadas no mesmo polo da situação eleita como fato gerador; (iv) o art. 264 do Código Civil determina que a solidariedade se caracteriza a partir de uma pluralidade de devedores relacionados a uma mesma obrigação; (v) somente é possível atribuir a solidariedade por interesse comum com fundamento no art. 124, I, CTN, nas hipóteses em que o sujeito já é contribuinte daquela obrigação, em razão da natureza do tributo, por este (tributo) comportar a existência de duas ou mais pessoas coobrigadas; (v) a autoridade fiscal não logrou comprovar a existência de interesse comum entre os impugnantes e a Brinox.***

4.8.2. Alegam ainda **Inexistência de "Interesse Comum" no Presente Caso**, pois: (i) ainda que existente o interesse fático ou econômico, que não restou demonstrado, este não seria suficiente para caracterizar o interesse comum; (ii) previsto no art. 124, inciso I, do CTN; (ii) *a acusação fiscal se pauta exclusivamente em atos praticados pelo Impugnante no exercício das funções que desenvolve, bem como em um suposto e não comprovado benefício econômico nas infrações suscitadas pela Autoridade Fiscal; (iii) ainda que fosse possível admitir o interesse econômico Omo suficiente para a caracterização do interesse comum previsto no dispositivo, (...), é evidente a acusação fiscal não traz qualquer demonstração nesse tocante.* Concluem pelo cancelamento do Termo de Responsabilidade Tributária.

4.9. Alegam também, com base no **Princípio da Pessoalidade da Pena**, ainda que o crédito tributário em questão fosse devido e passível de ser exigido do Impugnante na qualidade de responsável, o que se alega apenas para argumentar, devem ser, ao menos, afastadas as multas (de ofício, qualificada e isolada) indevidamente impostas ao[s] Impugnante[s].

4.10. Por fim defendem a **Impossibilidade de Exigência das Multas no Caso de Dúvida – Aplicação do Artigo 112 do CTN**, caso a decisão não ocorra por unanimidade de votos (divergência de entendimentos entre julgadores), seria razoável considerar haver, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração e a exigência de valores a título de penalidades não se coaduna com a dúvida. Concluem, assim, que *caso haja dúvida quanto à procedência do presente lançamento fiscal, ou mesmo com relação à possibilidade ou não do Impugnante ser responsabilizado pelas infrações de que a Brinox é acusada, necessário se faz, ao menos, o cancelamento integral das multas exigidas, na medida em que a responsabilidade tributária é ônus imputado a terceiro cujo lançamento necessita de absoluta certeza, não cabendo qualquer outro cenário se não a conclusão inequívoca para o remoto cenário de manutenção da acusação e da penalidade ao Impugnante.*

É o relatório.

Nada obstante a apresentação das impugnações pelo contribuinte e responsáveis solidários, o Acórdão recorrido (efls. 5577/5663), nos termos do voto vencedor, julgou-as parcialmente procedentes, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

IRPJ. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.

A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

EMPRESA VEÍCULO. UTILIZAÇÃO. EFEITOS INOPONÍVEIS PERANTE O FISCO.

A empresa veículo, em geral, caracteriza-se por não possuir atividade econômica antes do processo de reorganização societária, ser de curta duração e cuja existência se justifica pela passagem de patrimônio com propósito predominante de economia fiscal. Constata-se que, na aquisição da investida, foram utilizadas empresas veículo num processo de planejamento tributário, o qual não pode produzir efeitos perante o Fisco. Os motivos extra tributários alegados para a utilização de empresa veículo não são aptos a afastar a constatação de que sem a utilização dessas empresas, não seria possível compor a situação em que se deu a amortização do ágio.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).

CONDUTA FRAUDULENTA. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Impõe-se o lançamento da multa de ofício qualificada, na ocorrência de conduta fraudulenta, lesiva ao erário, evidenciada nos autos por um planejamento tributário abusivo, com utilização de empresas veículo, em que se construiu um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição da própria contribuinte interessada.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA E MULTA PROPORCIONAL. APLICAÇÃO.

A materialidade da multa proporcional calculada sobre a totalidade ou diferença de contribuição nos casos de falta de pagamento/declaração inexata, não se confunde com aquela calculada sobre a base estimada ao longo do ano-calendário e que deixou de ser paga.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

DECADÊNCIA. CONDUTA FRAUDULENTA.

O direito de constituição do crédito tributário relativo a tributos e contribuições sociais decai em 5 anos contados do primeiro dia do exercício

seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, quando comprovada a ocorrência de dolo fraude ou simulação.

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

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente, interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. A pessoa jurídica holding que figurou como sócia majoritária do sujeito passivo após o planejamento tributário abusivo, manifesta esse interesse.

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

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

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em síntese, o Acórdão combatido assim decidiu:

Acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento:

a) Por **unanimidade** de votos, rejeitar as preliminares arguidas em todas as impugnações; b) Por **unanimidade** de votos, manter integralmente as exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à amortização do ágio;

(c) Por **maioria** de votos exonerar exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à dedução de despesas financeiras com debêntures, vencidas a relatora e a julgadora MARIA DO SOCORRO PEREIRA DE CARVALHO ; (d) Por **unanimidade** de votos manter a qualificação da multa de ofício; (e) Por **unanimidade** de votos manter, quanto ao mérito, as multas isoladas exigidas, ressalvado o cancelamento parcial dos valores em virtude da infração excluída no ítem "c";

(f) Por **unanimidade** de votos manter a responsabilidade tributária de:, Angel Jose Uribe (CPF nº 232.994.808-55), Rodrigo Lowndes (CPF nº 992.156.917-15), Diego Stark (CPF nº 264.431.658-88), Julio Moura Neto (CPF nº 468.948.027-34), Christian Emilio Hartenstein (CPF nº 224.836.138-61) e Rio Jarí Participações Ltda. (CNPJ nº 13.008.397/0001-00);

(g) Por **maioria** de votos excluir a responsabilidade tributária de Norberto Oscar Morita (CPF nº 234.944.738-38), Horácio Reyses Travers (CPF nº 234.966.798-75), Raul Francisco Sotomayor Valenzuela (CPF nº 236.412.338-01), Everaldo Luiz Boschetti (CPF nº 502.795.800-53); Ricardo Herber (CPF nº 378.604.880-00) e Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda. (CNPJ nº 09.290.333/0001-77), vencida a relatora que votou pela manutenção dos responsáveis no polo passivo da obrigação tributária.

Ainda, houve a remessa ex officio da decisão recorrida para a turma recursal:

Tendo em vista o crédito tributário exonerado, bem como os responsáveis solidários excluídos por esta decisão, **submeta-se à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, por força de recurso necessário.

Devidamente cientificados, os seguintes interessados apresentaram respectivos recursos voluntários e/ou contrarrazões ao recurso de ofício, repisando os fundamentos de fato e de direito já expostos nas respectivas petições impugnatórias:

- a) **BRINOX METALÚGICA S/A (efls. 5695/5812) (recurso voluntário)**
- b) **SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA. (efls. 5909/5939) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- c) **RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (efls. 6063/6091);**
- d) **NORBERTO OSCAR MORITA (efls.6213/3257) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- e) **HORACIO REYSER TRAVERS (efls. 6261/6305) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- f) **EVERALDO LUIZ BOSCHETTI (efls. 6309/6353) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- g) **RICARDO HERBER (efls. 6357/6401) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- h) **RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA (efls. 6405/6452) (contrarrazões ao recurso de ofício);**
- i) **RODRIGO LOWNDES (efls. (efls. 6458/6505)(recurso voluntário);**
- j) **DIEGO STARK (efls. 6509/6556) (recurso voluntário);**
- k) **CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN (efls. 6560/6607) (recurso voluntário);**
- l) **ANGEL JOSÉ URIBE (efls. 6611/6658) (recurso voluntário);**
- m) **JULIO MOURA NETO (efls. 6664/6701) (recurso voluntário);**

Em síntese, as petições recursais sustentaram/requereram: **preliminarmente (para os responsáveis solidários:** a) a exoneração da responsabilidade tributária atribuída ao ora Recorrente, em virtude da ausência de fundamentação adequada; b) exoneração da responsabilidade aos recorrentes, quanto ao art. 124, inciso I, do CTN (na forma do decidido no Acórdão no 16-96.049) e; (c) exoneração da responsabilidade dos recorrentes, relativamente ao art. 135, inciso III, do CTN, o que inclusive se comprova pela inovação argumentativa promovida pela DRJ; **no mérito:** a) ou o cancelamento do Termo de Responsabilidade lavrado contra o Recorrente, porquanto não cumpridos os requisitos dos artigos 124, inciso I e 135, inciso III, ambos do CTN, (b)ou o cancelamento de todo o crédito tributário controlado no presente PAF, reiterando-se e ratificando-se todos os argumentos do Recurso Voluntário da Brinox (sujeito passivo principal); c) Caso ainda assim não se entenda — o que também se alega ad argumentandum pleiteia-se, em caráter subsidiário, o cancelamento das multas (de ofício, qualificada e isolada) aplicadas; d) por fim, caso ocorra julgamento com empate de votos, requer-se a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN, bem como da regra contida no artigo 19-E da Lei no 10.522/2002, e o conseqüente cancelamento do lançamento em face do Recorrente.

Ademais, foram apresentadas razões de recurso de ofício pela Procuradoria da Fazenda Nacional (efls. 6822/6908), pugnando pela manutenção integral dos lançamentos respectivos, assim como o não provimento dos recursos voluntários.

Finalmente, foram juntados aos autos petição judicial (mandado de segurança) e despacho judicial referente à mesma petição (às efls. 6913/6927), bem como a sentença judicial proferida (efls.6929/6935).

Ainda, foram juntados aos autos representação fiscal para fins penais relacionada às infrações ora analisadas.

Após, os autos foram encaminhados a esta Turma para julgamento extraordinário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

Dos requisitos de Admissibilidade dos Recursos

Os Recursos foram interpostos por partes legítimas.

A Contribuinte BRINOX METALÚGICA S/A foi intimada do acórdão de Impugnação 14/09/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 13/10/2020, portanto, tempestivamente.

A Responsável Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos LTDA foi intimada em 26/10/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 14/10/2020, portanto, tempestivamente.

A Responsável RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A foi intimada em 18/10/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2020, portanto, tempestivamente.

O Responsável Diego Stark foi intimado em 14/11/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2020, portanto, tempestivamente.

O Responsável Rodrigo Lowndes foi intimado em 28/09/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 19/10/2020, portanto, tempestivamente.

O Responsável Raul Francisco Sotomayor Valenzuela foi intimado em 26/10/2020, mas já havia apresentado seu Recurso Voluntário em 19/10/2020, portanto, tempestivamente, face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

O Responsável Everaldo Luiz Boschetti foi intimado em 27/10/2020, mas já havia apresentado seu Recurso Voluntário em 19/10/2020, portanto, tempestivamente, face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

O Responsável Julio Moura Neto foi intimado em 30/09/2020, apresentado seu Recurso Voluntário em 30/10/2020, portanto, tempestivo.

O Responsável Angel José Uribe foi intimado em 28/09/2020 e apresentou Recurso Voluntário em 19/10/2020, portanto, tempestivamente.

O Responsável Raul Francisco Sotomayor Valenzuela foi intimado em 26/10//2020, mas já havia apresentado seu Recurso Voluntário em 19/10/2020, portanto, tempestivamente, face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

Os responsáveis Horacio Reyser Travers e Christian Emilio Hartenstein, apresentaram Recurso Voluntário em 19/10/2020, antes da citação por edital de papel, devem ser considerados tempestivos face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

Os responsáveis Norberto Oscar Morita e Ricardo Herber, apresentaram Recurso Voluntário antes de qualquer intimação válida, os quais devem ser considerados tempestivos face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

Portanto, todos os recursos voluntários acima analisados devem ser conhecidos.

Passo à análise do mérito.

DO MÉRITO: da questão do ágio e sua amortização

Importa registrar inicialmente que o ágio discutido deve ser analisado à luz do disposto nos arts. 20 e seguintes do Decreto-lei n. 1.598/77, por se referir a período anterior a publicação da Lei 12.973/2014:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

O mesmo raciocínio aplica-se à necessidade de análise dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997:

Art. 7º 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 [art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977: \(Vide Medida Provisória n.º 135, de 30.10.2003\)](#)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977](#), 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 a [alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977](#), 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 a [alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977](#), 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; ([Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998](#))

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977](#), nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (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.

§ 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:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

- a) 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;
- b) 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 da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 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.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Abstrai-se dos referidos dispositivos que a **amortização do ágio apenas pressupõe uma operação de incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica que detinha a participação societária adquirida com ágio e a pessoa jurídica investida.**

No caso concreto, conforme amplamente relatado, um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. (“Celle”), conforme se depreende do relatório fiscal:

Salientamos que tanto o caput do artigo 7º como a alínea “b” do artigo 8º determinam que, para o possível aproveitamento fiscal de eventual ágio, necessariamente este tem de ter origem em sociedade efetivamente adquirente da participação societária em negociação.

Como se vê a lei exige que ocorra, necessariamente, a confusão patrimonial entre investida e investidora, com a migração do patrimônio para uma ou para outra. Ou seja, o investimento deve ser extinto para que se possa amortizar fiscalmente o ágio.

No caso concreto em tela, conforme fatos descritos neste relatório, criou-se um planejamento tributário abusivo através de empresas interpostas que simulam um fato gerador imponible que ainda não surgiu, pois a CELLE nunca foi a verdadeira adquirente da BRINOX, tampouco a RIO JARI, uma vez que ambas não dispunham de substância econômica para um investimento de tal envergadura.

Assim, o investimento continua existindo, com a real investidora permanecendo no controle da investida através da RIO JARI. O que ocorreu foi a extinção de uma das sociedades intermediárias, no caso a CELLE, que detinha apenas participação formal.

A aquisição da BRINOX, conforme provas acostadas aos autos, é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias. Quando houver o desinvestimento desse fundo, materializar-se-á o fato gerador imponible previsto na legislação, com o conseqüente tratamento adequado da confusão patrimonial que surgirá.

Dessa forma, as amortizações fiscais do ágio realizadas pelo CONTRIBUINTE estão sendo glosadas na sua totalidade pelos motivos descritos neste relatório fiscal, uma vez que elas foram efetuadas ao arrepio da legislação vigente à época dos fatos analisados, **haja vista**

entendermos ter ocorrido uma simulação efetuada em conluio por ele e outras empresas, os quais objetivaram a evasão de tributos através de uma indevida antecipação da amortização do ágio.

(...)

Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão.

Discorremos também, entre outros, que todas essas empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesses determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP.

Assim, considerando a situação simulatória com a falta de propósito negocial de uma empresa definida como veículo, temos a caracterização de uma interposição fraudulenta.

Do extrato acima transcrito, infere-se que o caso concreto se trata de do que se convencionou chamar de utilização de empresa veículo para transferência de ágio, não se questionando qualquer outro elemento do referido ágio, como a correção de sua apuração, o efetivo pagamento, controle contábil, etc.

Nesse aspecto, a possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo tem sido assunto recorrente no âmbito do contencioso administrativo tributário, inclusive com diversas manifestações da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, entre os quais cito o acórdão n. 9101-006.486 proferido no processo n. 16561.720180/2014-38, de 07/03/2023:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 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.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. 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).

Na ocasião, o Conselheiro Luís Toselli em seu voto assim se posicionou:

Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a

requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta ou (ii.ii) inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.

Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que uma requalificação jurídica fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.

Trazendo essas considerações para o presente cenário, as questões que se colocam são as seguintes: empresas holdings podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma empresa veículo assim interposta possui causa jurídica? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

As respostas a meu ver são positivas.

Tratam-se as rotuladas empresas veículos, de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto 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. Grifamos

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que “tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma holding, cuja causa jurídica ou finalidade social, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia, a prova da existência e

objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Quanto à duração de uma sociedade, cumpre notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho?

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Verifica-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua autonomia de empreender e de buscar maximizar os resultados da companhia nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir o uso de uma holding para servir de veículo para provocar a baixa de um investimento com o conseqüente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio.

Ao tratar especificamente sobre as formas de investimento no Brasil por empresa estrangeira, assim leciona Charles William McNaughton³²:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A

obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo holding que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, é plenamente lícito o financiamento estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas holdings, espécie de sociedade que inclusive é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

(...)

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum vício ou aparência sobre a existência, causa e finalidade das empresas veículos envolvidas nesse caso concreto. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós incorporações reversas.

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das holdings nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.

Pelo exposto, conclui-se que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura ato ilícito ou simulação, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

Referido entendimento não destoia do adotado recentemente por esta Turma ao julgar o processo n. 16561.720030/2017-77, consubstanciado no acórdão n. 1201-005.622, em que foi designado redator o Conselheiro Fredy Albuquerque:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012 **O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE.** O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa (EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Diva Malerbi, STJ - Primeira Seção, DJE 15.06.2018).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012 **AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito. DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.** Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se

ilegítima a atuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos. A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária. Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. **Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.** Vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior (Relator) e Sérgio Magalhães Lima, que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque. (documento assinado digitalmente) Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente (documento assinado digitalmente) Efigênio de Freitas Júnior - Relator (documento assinado digitalmente) Fredy José Gomes de Albuquerque - Redator Designado Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Thais De Laurentiis Galkowicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Sobre este ponto, peço vênha para transcrever o seguinte excerto do voto:

149. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

150. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto “Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias” 13 .

151. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira¹⁴, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o

enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

152. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

Assim, convencido de que a utilização de empresa veículo não é elemento que de qualquer forma proíba a amortização do ágio, e não tendo sido questionado qualquer outro

aspecto da apuração do ágio no caso concreto, **entendo que deve ser dado provimento aos recursos voluntários neste ponto.**

Recurso de Ofício

O Recurso de Ofício deve ser conhecido.

Embora o valor exonerado não ultrapasse os 15 milhões de que trata a Portaria MF 2/2023, fato é que o acórdão eximiu a responsabilidade em relação a valores superiores ao referido patamar.

Assim, entendo estarem preenchidos os requisitos para o conhecimento do referido Recurso.

Dos juros do financiamento

O acórdão recorrido exonerou a parcela do lançamento relativa à segunda acusação fiscal, especificamente a dedutibilidade dos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para captar recursos no mercado de capitais destinados a financiar a aquisição de 90% do Grupo Brinox Metalúrgica Ltda:

A relatora acolheu a tese fiscal da desnecessidade das despesas financeiras registradas pela BRINOX na aquisição de parte das suas próprias quotas de capital pela CELLE, em função de empréstimo contraído formalmente por esta, tendo em vista que todo o planejamento tributário realizado foi desconsiderado pela autoridade fiscal. Entendo ser prescindível maiores explicações sobre a posição da autoridade fiscal autuante e da autoridade fiscal relatora neste ponto, vez que já estão suficientemente detalhadas tanto no Relatório Fiscal (RF), quanto no voto, respectivamente.

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

Diferentemente do posicionamento defendido pela relatora, entendo que a CELLE mostrou-se necessária para a obtenção do empréstimo de R\$ 80 milhões utilizado como parte da liquidação financeira da aquisição das quotas da BRINOX. Isto principalmente porque o FIP SCG II, por ocasião da aquisição da BRINOX, era controlador direto da Rio Jarí SP Participações S.A. (RIO JARÍ) e indireto da CELLE, e portanto não poderia ter assumido o empréstimo que financiou a parcela da compra do investimento, por força do impedimento contido no art. 35, inciso II da Instrução CVM nº 391/2003, *in verbis*:

CAPÍTULO IX

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;

III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma, exceto mediante aprovação da maioria qualificada dos cotistas reunidos em assembleia geral, desde que o regulamento do fundo preveja essa possibilidade;

Inciso III com redação dada pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013.

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.

Parágrafo único. Caso existam garantias prestadas pelo fundo, conforme disposto no inciso III, o administrador do fundo deve zelar pela ampla disseminação das informações sobre todas as garantias existentes, por meio, no mínimo, de divulgação de fato relevante e permanente disponibilização, com destaque, das informações na página do administrador do fundo na rede mundial de computadores. (Parágrafo único incluído pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013).

Neste ponto específico também concordo com a defesa que a autoridade fiscal não poderia ter desconsiderado a opção adotada pelo financiamento com capital de terceiros da aquisição de parte das quotas da BRINOX feito pela CELLE e seu controlador de fato, o FIP SCG II. Entendo que se a opção adotada pelo sujeito passivo estava prevista no ordenamento jurídico e atendeu a um propósito negocial específico e válido, *in casu* a compra alavancada de uma empresa operacional (BRINOX), então não caberia ao Fisco exigir que outro caminho mais oneroso fiscalmente fosse percorrido, sob pena de assim ferir a liberdade de condução dos negócios do contribuinte protegido pela constituição.

A aparente consideração fiscal que o empréstimo foi assumido formalmente pela CELLE exclusivamente para proporcionar economia fiscal pela apropriação dos encargos financeiros não me parece ser uma verdade tão clara neste caso, pois tanto a “*Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição, da Celle SP Participações S.A.*” (fls. 699/759), quanto o “*Instrumento Particular de*

Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da 1ª Emissão de Debêntures Simples, não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, da Celle SP Participações S.A” (fls. 1.126/1.217), bem como a “*Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capital Local*” (fls. 1.218/1.232), foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes, tais como a OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A, na qualidade de agente fiduciário, Itaú Unibanco S.A, na condição de banco mandatário, e Banco Itaú BBA S.A, como coordenador líder. Desta forma, os juros devidos foram pagos para estas instituições financeiras, e não para qualquer outra empresa do grupo econômico, o que poderia caracterizar, no jargão financeiro, como uma operação “Zé com Zé”. Com isso, se é verdade que a BRINOX reduziu a sua carga fiscal em aproximadamente R\$ 2.562.098,67, correspondente a 34% (IRPJ/CSLL) do valor das despesas financeiras de R\$ 7.535.584,33 registradas no período correspondente ao AI, também é verdade que o caixa do sujeito passivo teve um desembolso líquido efetivo de R\$ 4.973.485,66, correspondente à diferença entre ambos, e que foi parar no caixa de outras empresas não ligadas, de sorte que para economizar tributos na ordem de R\$ 2,5 milhões houve um desembolso financeiro de R\$ 7,5 milhões, fato que não revela nitidamente que a operação de empréstimo para aquisição de parte das quotas do capital da BRINOX foi necessariamente realizada visando apenas a economia fiscal proporcionada. *Ad argumentandum*, mantida a linha do interesse meramente fiscal pretendido com o empréstimo, caberia também pontuar que as despesas contabilizadas reduziram o lucro líquido do exercício, e conseqüentemente, repercutiram negativamente no patrimônio líquido contábil do contribuinte, o que certamente reduziu o potencial da apuração e pagamento futuro do JCP para o sócio controlador, no montante líquido entre despesa e economia fiscal.

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

Outros Resultados Operacionais

Subseção I

Receitas e Despesas Financeiras

Despesas

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):

I- os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, nos períodos de apuração a que competirem;

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.

Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.

§ 1 A despesa de que trata o caput deste artigo constituirá adição ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido e será controlada em livro fiscal de apuração do lucro real.

§ 2 As despesas financeiras de que trata este artigo devem ser contabilizadas individualizadamente por controlada, de modo a permitir a identificação e verificação em separado dos valores diferidos por investimento.

§ 3 O valor registrado na forma do § 2 deste artigo integrará o custo do investimento para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

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

(...)

Desta forma, analisado todo o contexto fático envolvido, entendo que as despesas financeiras decorrentes do financiamento da parcela do preço de aquisição das quotas da BRINOX apresentam as características exigidas pelo art. 299 do RIR/99 para serem consideradas necessárias para a CELLE, pois estavam intrinsecamente relacionadas com a manutenção da sua fonte produtora dos rendimentos (BRINOX), e, portanto, devem ser dedutíveis na determinação do lucro real e da BC da CSLL da BRINOX, em face do fenômeno legal da sucessão universal que é próprio do instituto da incorporação.

Sobre este ponto, entendo acertado o entendimento adotado pela DRJ. A Legislação Tributária também estabeleceu distinções entre custos e despesas, conforme pode ser observado no próprio artigo 47 da Lei 4506 de 1964:

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

Esse dispositivo legal também foi absorvido pelo próprio RIR/99 (Decreto-Lei 3000/99), no artigo 299¹.

Na prática, o art. 311 do Decreto n. 9580 de 2018 praticamente repetiu o disposto já estabelecido em regulamentos anteriores e substanciado no mesmo diploma legal². Da mesma forma, pode-se dizer que as discussões envolvendo os requisitos ou critérios (e limites) para a dedutibilidade das despesas operacionais mantiveram-se e atualizaram-se, mas sempre se centrando nas dificuldades de delimitação desses critérios em casos concretos.

¹ Decreto 3000/99: Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47](#)).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º](#)).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º](#)).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

² “Despesas necessárias

Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput](#)).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º](#))

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa ([Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º](#)).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, independentemente da designação que tiverem”.

Em outras palavras, o reconhecimento da dedutibilidade das despesas operacionais demanda o cumprimento de certos requisitos: ser a despesa necessária; ser, via de regra (mas admitindo exceções), a despesa normal ou usual no âmbito da atividade produtiva da empresa.

Por outro lado, assevera Schoueri:

“(…) é insuficiente pensar em renda tributável considerando elementos de efeito positivo (ou aumentativo) no patrimônio do contribuinte. Para se chegar à renda tributável, impõe-se o cálculo de todos os ingressos e saídas apurados em um determinado período de tempo, para que, então, se possa falar em saldo positivo ou negativo. Dessa forma, a renda bruta não passa de uma zona cinzenta onde é impossível determinar a renda tributável (líquida) sem antes separar as despesas que foram necessárias para a obtenção da riqueza. O direito à dedutibilidade de despesa baseia-se, portanto, na concepção de que apenas a renda líquida deve ser tributada. Se houve custos para obter determinada, devem ser eles dedutíveis. De outro modo, tributar-se-ia parcela que não constitui renda. É, por isso, que somente após afastados os ônus suportados para sua aquisição, pode a renda ser tributada”³.

Passando à análise do caso concreto e, sobre este ponto, o Relatório Fiscal assevera:

No caso da BRINOX, segundo o seu estatuto social em apertada síntese, a empresa atua no ramo de fabricação e comercialização de vários produtos de utilidades domésticas.

As despesas que vem apropriando em seu resultado referem-se a encargos financeiros oriundos da emissão de debêntures, cuja destinação dos recursos foi utilizada para o pagamento de empréstimo contraído para a compra das suas próprias ações.

Desse modo, entendemos haver um enorme descompasso entre a finalidade do gasto e a atividade exercida pela BRINOX, estando tais despesas no campo das não necessárias, ainda mais sendo elas decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio.

Relembramos que a BRINOX é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias, sendo a CELLE e RIO JARI meras interpostas.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida. In: Direito Tributário. Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda. Estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. Organização: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. São Paulo: IBDT, 2019, p. 26-27.

A dedutibilidade da despesa financeira deve ser uma prerrogativa de quem teve o ônus da aquisição da participação societária. Conceder o benefício fiscal da dedutibilidade da despesa financeira à BRINOX é aceitar o que na presente ação fiscal está sendo desconsiderado: a aquisição realizada por uma interposta pessoa jurídica, no caso, a CELLE.

Assim, diante do exposto, entendemos serem despesas não necessárias ao CONTRIBUINTE, não podendo ele usufruir da sua dedutibilidade.

Por outro lado, segundo a Recorrente:

Ou seja, a Celle, como sociedade de investimentos do Grupo, na consecução de sua finalidade, tomou empréstimo para possibilitar a aquisição da Brinox e incorreu desde logo em despesas financeiras. **Não há dúvida que, no nascimento dessa obrigação (e respectivas despesas financeiras), o requisito da necessidade das despesas estava presente!**

Ora, após o posterior evento de incorporação da Celle pela Brinox, que é um evento de sucessão universal reconhecido por lei 18, a Brinox sucedeu a Celle em todos os direitos e obrigações, o que inclui o próprio empréstimo tomado para a sua aquisição. Afirmar que o evento de sucessão universal tem o condão de alterar a natureza da operação de financiamento originalmente tomada e prejudicar a dedutibilidade dos juros não encontra qualquer respaldo na legislação tributária vigente.

O racional absurdo adotado pela D. Fiscalização é de que, nesse caso, houve transferência da dívida para a Recorrente por sucessão universal, mas despesas de juros seriam desnecessárias, portanto, não dedutíveis para fins de IRPJ/CSLL. Como se disse, tal alegação pretende desconsiderar que, na criação da obrigação referente ao empréstimo, e o mero fato de que houve sucessão da dívida à Recorrente em virtude de incorporação da devedora original (Celle), seria evento que, como um **passe de mágica**, desvirtuaria todo o planejamento de *funding* da operação de aquisição e a necessidade da captação de recursos via dívida pela Celle.

(...)

Ou seja, como já se demonstrou, não há dúvida que as despesas com juros decorrentes de financiamento para viabilizar a aquisição foram essenciais à consecução do objeto social da Celle (sendo, portanto, necessárias e dedutíveis) e que sua posterior incorporação pela Recorrente não pode, de maneira alguma, alterar esse cenário!

Nesta linha, **parece-me que se está a sustentar que os requisitos de dedutibilidade devem ser contrapostos com as atividades da Celle, quem emitiu as debentures originalmente.**

Ademais, considerando a validade da operação de ágio, e que a empresa-veículo cumpriu sua função social, não merece acolhimento a tese de que a Brinox teria emitido debêntures para compra de suas próprias ações.

Em caso semelhante, o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no âmbito desta turma, manifestou-se com precisão no acórdão n. 1201-003.579:

Vale dizer que a operação de emissão de debêntures foi feita por partes independentes com condições normais de mercado, havendo inclusive intermediação de instituição financeira, de modo que não há que se falar em conluio no presente caso, sob risco de afirmar que os terceiros credores (debenturistas) também fizeram parte da simulação.

Cumprir lembrar também que as debêntures foram emitidas no mercado brasileiro, não podendo confundir os recursos delas oriundo para aquisição da participação da Recorrente com ágio dos recursos originados do exterior.

Não se pode negar no presente caso a necessidade das debêntures para a capitalização da empresa e aquisição da Atento. Por esse motivo, entendo presentes os requisitos de dedutibilidade das despesas financeiras.

Assim, entendo também deva ser revertida a glosa em relação aos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para financiamento da aquisição da empresa Brinox.

Responsabilidade tributária

Antes de adentrar no aspecto de casa responsável, importa registrar algumas premissas em relação à responsabilidade tributária que serão aplicáveis no caso concreto.

O Código Tributário Nacional, em atendimento ao disposto no art. 146 da Constituição Federal, estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária é o contribuinte, que mantém relação pessoal e direta com o fato jurídico tributário ou o responsável, cuja obrigação decorre exclusivamente de disposição expressa em lei.

Assim, “*o responsável recolhe o tributo porque a lei assim determina, não porque realizou a materialidade descrita na norma de incidência tributária, apesar de o responsável possuir vínculo indireto com o fato que se subsume ao fato tributado*”⁴.

Essa é a lição de Misabel Derzi:

É que o sujeito passivo natural, que tirou proveito econômico do fato jurídico, como ensinou Rubens Gomes de Sousa, é o contribuinte, a pessoa que tem relação pessoal e direta com a situação jurídica em que se constitui o fato gerador da obrigação tributária, conforme o art. 121 do CTN. Por razões de praticidade, comodidade na arrecadação, garantia do crédito e proteção contra a evasão, o legislador pode eleger pessoa diversa, o chamado *responsável*. Por isso mesmo, o art. 128, garantindo a observância do princípio da capacidade

⁴ DIAS, Karem Jureidini; PRZEPIORKA, Michell. Responsabilidade Tributária e Tax Compliance. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; RAMOS, Giulia. (Org.). **Tax Compliance e Injustiça Fiscal**. 1ed.São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, v. 1, p. 168-187.

econômica, determina que o responsável tributário seja vinculado indiretamente com o fato descrito na hipótese de incidência da norma *básica*. Isso significa que o fato gerador hipotético da norma *secundária* tem, ou deve ter *conexão ou relação de dependência*, com o fato gerador hipotético da norma *principal, básica ou matriz*⁵.

Assim, a atribuição de responsabilidade deve respeitar os limites impostos pelo Código Tributário Nacional, inclusive conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. **O “terceiro” só pode ser chamado**

⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Praticidade. ICMS. Substituição tributária progressiva, “para frente”. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Org.). **Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 170-171.

responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 562276, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RTJ VOL-00223-01 PP-00527 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442).

Nesse aspecto, importa verificarmos o que dispõem os arts. 124 e 135, III do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como visto, o art. 124, I pressupõe interesse comum com o fato gerador da obrigação principal. Em outras palavras, há solidariedade entre devedores, quando mais de um sujeito está no polo da mesma relação:

“O interesse comum dos participantes na realização do fato jurídico tributário é o que define, segundo o inciso I, o aparecimento da solidariedade entre os devedores. A expressão empregada, sobre ser vaga, não é um roteiro seguro para a identificação do nexos que se estabelece entre os devedores da prestação tributária. (...) Numa operação relativa à circulação de mercadorias, ninguém afirmaria inexistir convergência de interesses, unindo comerciante e adquirente, para a concretização do fato, se bem que o sujeito passivo seja aquele primeiro. (...) Aquilo que vemos repetir-se com frequência, em casos dessa natureza, é que o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inciso I do art. 124 do Código. (...) Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancia pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo polo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 310 e 311).

De sua parte, o art. 135, III do CTN requer, para que seja imputada a responsabilidade que tais figuras pratiquem atos com excesso de poderes ou infração de lei,

contrato social ou estatutos, não bastando o mero inadimplemento tributário, devendo a fiscalização demonstrar tais atos.

Nesse sentido, Maria Rita Ferragut esclarece que é necessária a individualização do “autor do ato infracional, demonstrando, ao menos, qual o sócio geria a sociedade e decidia pela prática dos negócios empresariais tipificados como fatos jurídicos tributários” (FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária dos sócios, administradores de *compliance* e avaliação de riscos de transmissão de passivos fiscais. In. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 154)⁶. Deve-se, portanto, identificar o ato doloso que ensejou a responsabilização.

Feitos esses comentários, passo a análise da situação de cada um dos responsáveis.

O Acórdão Recorrido eximiu a responsabilidade dos seguintes responsáveis: SOUTHERN CROSS, EVERALDO LUIZ BOSCHETTI, RICARDO HERBER, NORBERTO OSCAR MORITA, HORÁCIO REYSER TRAVERS e RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA:

A **SOUTHERN CROSS**, por sua vez, nunca esteve na linha societária de controle da BRINOX, de forma que não se pode caracterizar o seu interesse comum como decorrente do potencial maior de distribuição de dividendos e lucros que a economia fiscal na BRINOX proporcionaria. Deve-se então buscar outra espécie de interesse comum presente no caso. A autoridade fiscal não apontou claramente qual seria a natureza deste interesse comum, limitando-se a afirmar genericamente que “*todos os envolvidos estão do mesmo lado e ganham simultaneamente com o fato econômico tornado fato gerador pela lei tributária*”. Em minha opinião a falta de demonstração inequívoca do interesse comum exigido pelo inciso I do artigo 124 do CTN, por parte da fiscalização, já seria motivo suficiente para afastar a responsabilidade tributária do impugnante.

Para que se pudesse caracterizar com mais facilidade o interesse comum da SOUTHERN CROSS na amortização do ágio, haveria de estar claro qual seria o seu benefício concreto com este fato que pudesse ser mensurado.

Compulsando-se o processo localizamos os atos constitutivos e modificativos da SOUTHERN CROSS às fls. 382/515, desde a sua criação em 03/12/2007, com a razão social de M.F.C.P. Gestão Empresarial Ltda, com capital inicial de R\$ 5 mil, e com sócios pessoas físicas totalmente distintos dos atuais. Na 1ª alteração contratual de 09/01/2008, os então sócios cederam suas quotas para os residentes no exterior South American Management LLC (99,99% do capital) e South American Management Holding (0,01% do capital), além de terem alterado a denominação social da sociedade para Southern Cross do Brasil Consultoria Empresarial Ltda. Na 4ª alteração do contrato social de 04/08/2009, foi alterado o objeto social da sociedade para administração de carteira de valores mobiliários, sendo também alterado sua denominação social para Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda. Na 7ª alteração do contrato social de 01/12/2011, a sócia majoritária South American Management LLC, como a também a minoritária South American Management Holding

⁶ FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária dos sócios, administradores de *compliance* e avaliação de riscos de transmissão de passivos fiscais. In. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 154.

retiraram-se da sociedade, cedendo a totalidade de suas quotas de capital para Latin American Consulting L.P., com sede em Dublin, na Irlanda, que aparentemente permanece com praticamente 100% do capital social da SOUTHERN CROSS pelo menos até a 03/03/2016, data da última alteração do contrato social que consta nos autos. Vê-se portanto que da análise do capital social da sociedade não é possível estabelecer vínculo societário com a BRINOX que possa caracterizar o interesse comum.

Como informado pela fiscalização no RF, os quotistas do FIP SGC II são Cookware Capital Investments LP, Bowl Capital LP e Pan Capital LP, pessoas residentes no exterior distintas do sócio majoritário, atual e anterior, da SOUTHERN CROSS, sendo que a autoridade fiscal não descreveu a relação destes quotistas do FIP com o impugnante e nem com as demais sociedades do grupo, de forma que fica difícil entender o interesse comum suscitado.

Por derradeiro, na busca de alguma prova que pudesse estabelecer o interesse comum da SOUTHERN CROSS com a BRINOX, analisei o Regulamento do FIP SGC II de fls. 657/682, tendo sido o impugnante nomeado como gestor do Fundo no parágrafo único do art. 4º. Da leitura do Regulamento não se observa que a remuneração a que faz jus a SOUTHERN CROSS na qualidade de gestora dependa, ou tenha qualquer relação com a economia fiscal gerada na BRINOX com o planejamento. Vejamos alguns artigos do Regulamento neste sentido:

(...)

Por todo o exposto, voto no sentido de afastar a responsabilidade tributária atribuída à SOUTHERN CROSS com base no inciso I do art. 124 do CTN.

(...)

Nesta linha penso que devem ser pesquisados os atos relevantes ocorridos no planejamento tributário questionado pelo Fisco, no intuito de verificar quem os praticou/assinou em nome das PJ envolvidas. Destaco nesta seara, o Contrato de Compra e Venda das Quotas da BRINOX pela CELLE (fls. 149/190), o Acordo de Acionistas da BRINOX e seus Aditivos celebrado entre Valdomiro Valente Remussi e CELLE, como acionistas, e BRINOX e RIO JARI como partes intervenientes (fls. 578/644), o Protocolo de Justificação de Incorporação da CELLE pela BRINOX e as AGes de aprovação deste evento de incorporação (fls. 333/347), a Escritura Particular da 1ª Emissão das Debêntures da CELLE (fls. 699/1.125) e o Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da 1ª Emissão de Debêntures (fls. 1.126/1.217).

Assim, o Contrato de Compra e Venda das Quotas da BRINOX pela CELLE foi assinado em 18/05/2011 por RODRIGO LOWNDES, em nome da compradora CELLE e da interveniente anuente RIO JARÍ, enquanto o sócio majoritário da BRINOX, Valdomiro Valente Remussi, assinou por ela também na qualidade de interveniente anuente, além de por si próprio como vendedor das quotas.

O Acordo de Acionistas da BRINOX foi celebrado em 19/05/2011 e foi assinado por RODRIGO LOWNDES, como representante da CELLE e da RIO JARÍ, pelo Valdomiro Valente Remussi e por DIEGO STARK representando a BRINOX. O 1º Aditivo ao Acordo de Acionistas, de 06/06/2011, foi assinado também por RODRIGO LOWNDES, como representante da CELLE e da RIO JARÍ, e desta vez também da BRINOX, pelo Valdomiro Valente Remussi e por DIEGO STARK, também representando a BRINOX. O 2º Aditivo ao Acordo de Acionistas é datado de 30/08/2011 e traz em seus “considerandos” a informação de que em 18/08/2011 JULIO MOURA NETO passou a integrar o

quadro de acionistas da CELLE mediante a aquisição de 1,11% das suas ações de Southern Cross (RIO JARÍ), e que com a incorporação da CELLE pela BRINOX ocorrida nesta data, o quadro de acionistas da BRINOX passou a ser composto pela RIO JARÍ/Southern Cross (89% do capital), pelo Valdomiro Valente Remussi (10% do capital) e pelo JULIO MOURA NETO (1% do capital). Este 2º Aditivo foi assinado por ANGEL JOSE URIBE, pela RIO JARÍ, por Valdomiro Valente Remussi, pelo JULIO MOURA NETO, todos na qualidade de acionistas da BRINOX, e por RODRIGO LOWNDES e DIEGO STARK, como representantes da BRINOX. O 3º Aditivo ao Acordo de Acionistas foi celebrado em 24/10/2012 e assinado por RODRIGO LOWNDES, como representante da RIO JARÍ, por Valdomiro Valente Remussi, por JULIO MOURA NETO, todos na condição de acionistas da BRINOX, e por CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN e EVERALDO LUIZ BOSCHETTI, como representantes da BRINOX. O 4º Aditivo ao Acordo de Acionistas é datado de 23/04/2013 e traz em seus “considerandos” a informação de que em 15/04/2013 Valdomiro Valente Remussi exerceu a opção de venda das ações que possuía, cedendo e transferindo a totalidade das suas ações para RIO JARÍ/Southern Cross, e que a mesma vendeu a CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN 76.258 ações da BRINOX (0,09% do capital), e que nesta data o quadro de acionistas da BRINOX passou a ser composto por RIO JARÍ/Southern Cross (98,91% do capital), por JULIO MOURA NETO (1% do capital) e por CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN (0,09% do capital). Este 4º Aditivo foi assinado por ANGEL JOSE URIBE, pela RIO JARÍ, por JULIO MOURA NETO, todos na qualidade de acionistas da BRINOX, e por CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN e EVERALDO LUIZ BOSCHETTI como representantes da BRINOX.

Já o Protocolo e Justificação de Incorporação da CELLE pela BRINOX, datado de 30/08/2011, foi assinado pelos diretores DIEGO STARK e RODRIGO LOWNDES, tanto na qualidade de representantes da BRINOX como da CELLE. A AGE da CELLE que aprovou a incorporação, também datada de 30/08/2011, foi assinada por DIEGO STARK e RODRIGO LOWNDES, como presidente e secretário da mesa, respectivamente, e por RODRIGO LOWNDES, pela RIO JARÍ, e também por JULIO MOURA NETO, estes na qualidade de acionistas da CELLE.

A Escritura Particular da 1ª Emissão das Debêntures da CELLE, datada de 08/06/2011 e o 1º Aditamento dessa Escritura, datado de 14/06/2011, foram assinados por RODRIGO LOWNDES, representando a CELLE e a BRINOX, e pelo DIEGO STARK, também em nome da BRINOX. O 2º Aditamento dessa Escritura, datado de 20/06/2011, foi assinado por Gustavo Ando Furuta, pela CELLE e BRINOX. O 3º Aditamento da Escritura é datado de 29/06/2011, tendo sido assinado por RODRIGO LOWNDES, representando a CELLE e a BRINOX, e por DIEGO STARK, também em nome da BRINOX. O 4º Aditamento da Escritura é de 27/09/2011 e foi assinado por DIEGO STARK e RODRIGO LOWNDES, representando a BRINOX. O 5º Aditamento da Escritura é datado de 21/06/2013, tendo sido assinado por CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN e EVERALDO LUIZ BOSCHETTI como representantes da BRINOX. O 6º Aditamento da Escritura de 07/07/2014 foi assinado por RICARDO HERBER e Aguinaldo Fantinelli, como representantes da BRINOX. Já o Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações foi celebrado em 10/06/2011, e foi assinado por RODRIGO LOWNDES, representando a CELLE, a RIO JARÍ e a BRINOX, e por DIEGO STARK, em nome da BRINOX. O 1º Aditamento desta Alienação Fiduciária foi de

20/06/2011, tendo sido assinado por Gustavo Ando Furuta pela CELLE, RIO JARÍ e BRINOX. O 2º Aditamento da Alienação Fiduciária de 29/06/2011, foi assinado por RODRIGO LOWNDES, representando a CELLE, a RIO JARÍ e a BRINOX, e por DIEGO STARK, em nome da BRINOX. O 3º Aditamento da Alienação Fiduciária, datado de 18/08/2011, foi assinado por RODRIGO LOWNDES, representando a CELLE, a RIO JARÍ e a BRINOX, por DIEGO STARK, em nome da BRINOX, e pelo JULIO MOURA NETO. O 4º Aditamento da Alienação Fiduciária foi assinado em 23/04/2013 por CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN, tanto como representante da BRINOX, como por ele mesmo como acionista da BRINOX, por EVERALDO LUIZ BOSCHETTI, como representante da BRINOX, por ANGEL JOSE URIBE, em nome da RIO JARÍ, por JULIO MOURA NETO, por RICARDO HERBER e por Aguinaldo Fantinelli.

Desta maneira, da análise da participação individualizada de cada uma das pessoas físicas responsabilizadas nos principais atos societários e comerciais que envolveram o planejamento, concluo que RODRIGO LOWNDES e DIEGO STARK atuaram como administradores/diretores/representantes da CELLE, RIO JARÍ e BRINOX, assinando, ora isoladamente, ora em conjunto, os diversos atos narrados acima, de forma que parece-me irrefutável que, conhecendo dos fatos em curso no planejamento, agiram deliberadamente com infração à lei, atraindo para si a responsabilidade do inciso III do art. 135 do CTN, que portanto deve ser mantida.

As pessoas físicas de JULIO MOURA NETO e CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN também assinaram atos societários e comerciais importantes em nome da BRINOX, como seus diretores, e também em nome próprio, pois os dois são as únicas PF que remanesceram no quadro societário da BRINOX após o término da reestruturação e a saída total do antigo sócio Valdomiro Valente Remussi, em 23/04/2013. Neste sentido penso que, apesar das suas participações minoritárias na BRINOX, o fato de constarem como seus acionistas revela uma certa importância maior que eles ostentavam no contexto da administração da BRINOX, o que, ao meu ver, demonstra que tinham suficiente conhecimento estratégico do planejamento tributário abusivo então em curso, e sendo assim, deve ser mantida as suas responsabilidades tributárias nos termos do inciso III do art. 135 do CTN.

O responsável ANGEL JOSE URIBE passou a assinar pela RIO JARÍ a partir do 2º Aditivo ao Acordo de Acionistas da BRINOX (importante documento societário entre as partes envolvidas) em 30/08/2011, na mesma data em que ocorreu a incorporação da CELLE pela BRINOX. Assim, como a RIO JARÍ é a holding da BRINOX e beneficiária direta da sua economia fiscal como acionista majoritária, entendo que ficou caracterizado o conhecimento dos fatos e a atuação contrária a lei do seu administrador ANGEL JOSE URIBE, motivo pelo qual voto pela manutenção da sua responsabilidade tributária com base no inciso III do art. 135 do CTN.

Já as condutas com infração a lei dos responsáveis tributários EVERALDO LUIZ BOSCHETTI, RICARDO HERBER, NORBERTO OSCAR MORITA, HORÁCIO REYSER TRAVERS e RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA, não me pareceram suficientemente comprovadas no processo, como seria necessário para a manutenção das correspondentes responsabilidades tributárias, de forma que voto por excluir todos eles do pólo passivo da obrigação tributária constituída nos Autos de Infração, em função da falta de atendimento das condições previstas no inciso III do art. 135 do CTN.

Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda

Segundo consta do Auto de Infração, a responsabilidade foi atribuída pelos seguintes fundamentos:

CNPJ - 09.290.333/0001-77

Nome Empresarial - SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA.

Responsabilidade Tributária - Responsabilidade Solidária de Fato

Motivação: Conduta configurando evidente intuito de fraude em virtude de simulação orquestrada através do conluio de empresas com a finalidade de um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos, devendo, portanto, também responder solidariamente com o contribuinte pelos tributos devidos, conforme fatos descritos no relatório fiscal.

Enquadramento Legal - A partir de 01/01/2000 - Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

O relatório fiscal não é mais esclarecedor:

Pelos fatos aqui constatados, vemos que as práticas adotadas pelo CONTRIBUINTE, RIO JARI, CELLE, SOUTHERN CROSS DO BRASIL e SOUTHERN CROSS GROUP, em tese, configuram as hipóteses de fraude e de conluio, conceituadas no texto legal acima.

Conforme demonstrado ao longo deste relatório, e por meio dos documentos acostados aos autos, foi gestada uma arquitetura simulatória, com a constituição de pessoas jurídicas apenas sob aspecto formal, visando dar uma aparente legalidade a um ágio e o seu consequente aproveitamento para fins fiscais mediante a sua amortização.

Verifica-se que a referida prática fraudulenta teve a participação dos seus representantes legais, arrolados neste relatório, os quais investidos em cargos de diretores e conselheiros administram essas empresas.

Portanto, com a finalidade de reduzir a carga tributária de forma ilegal, todas as partes citadas concordaram em manter a simulação e a amortização indevida do ágio, aceitando participar da evidente fraude fiscal.

(...)

Da mesma forma, com base no artigo 124, inciso I, do CTN, Lei 5.172, de 25/10/66, restou caracterizada a sujeição passiva solidária das pessoas físicas e jurídicas discriminadas abaixo, sendo que as pessoas físicas também foram enquadradas no artigo 135, inciso III, da mesma Lei, uma vez que a amostragem

dos fatos e provas arrolada ao longo deste relatório fiscal evidencia que todos os envolvidos estão do mesmo lado e ganham simultaneamente com o fato econômico tornado fato gerador pela lei tributária, com as suas condutas configurando evidente intuito de fraude em virtude da simulação que orquestraram através do conluio de empresas com a finalidade de um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos, devendo, portanto, também responder solidariamente com o contribuinte pelos tributos devidos:

(...)

Empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o número 09.290.333/0001-77, gestora do fundo “SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES”.

No caso concreto, tendo entendido pela validade da operação, já seria possível indicar que não há razão para manutenção da responsabilidade pautada em pretenso “planejamento abusivo”, **mas ainda que restasse vencido em relação ao mérito, ainda não haveria razões para manutenção da responsabilidade atribuída.**

A SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA representa no Brasil a SOUTHERN CROSS GROUP – gestora de investimentos em fundos de “Private Equity”, com forte atuação na região da América Latina, e quem, na premissa da Administração Tributária, adquiriu a Brinox.

Portanto, se ela adquiriu a Brinox, juridicamente se colocava como parte contraposta no negócio jurídico, não restando comprovado o interesse comum em relação a ela.

Como bem coloca a Recorrente, a única sociedade que realizou a amortização fiscal do ágio foi a Brinox e o mero fato de indiretamente haver potencial benefício financeiro (i.e. decorrentes das reduções absolutamente legais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL via amortização de ágio) para o Recorrente, **não permite a sua responsabilização solidária pelo crédito tributário ora exigido!** Da mesma maneira, a dedução das despesas financeiras decorrentes das debêntures emitidas não configura benefício indevido e interesse jurídico comum entre Recorrente e Brinox.

Assim, entendo deva ser afastada a responsabilidade tributária.

Das pessoas físicas

Em razão da semelhança das acusações fiscais e das defesas, resolvi analisar em conjunto a atribuição de responsabilidade das pessoas físicas:

Registro inicialmente que o fato de serem sócios ou gestores das empresas adquirentes não é suficiente para denotar o interesse comum para fins de aplicação do art. 124, I do CTN, que, como visto alhures, não se confunde com o interesse econômico.

A própria decisão recorrida se mostra incapaz de apresentar com clareza o interesse comum:

Impossível negar sua responsabilidade nas decisões tomadas em relação às operações que geraram a amortização de ágio glosada, dado ao fato de serem administradores da BRINOX. Observa-se que a compra e venda das ações da BRINOX pela CELLE, o contrato da CELLE, a incorporação da Celle pela BRINOX são assinados por Diego e Rodrigo, sendo que o contrato da Celle foi assinado por Angel. Quanto a Norberto e Horácio além de Presidente e Vice do Conselho de Administração da Brinox, também são sócios da Southern, ou seja, não é possível que a simulação engendrada não fosse de seu conhecimento. Todas estas pessoas eram administradores nas empresas envolvidas nos fatos descritos, portanto, participaram das decisões que levaram à sonegação de tributos, via criação de empresa veiculo para aquisição com ágio da BRINOX e posterior incorporação para amortização indevida do ágio. Portanto, é aplicável ao caso o artigo 135, III, do CTN em face de os dirigentes da interessada serem responsáveis por atos praticados com infração de lei.

No presente caso, o inciso I do artigo 124 do CTN é aplicável em face de os dirigentes terem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, **pois, ao administrarem os negócios da interessada, tiveram participação ativa na concepção do planejamento tributário, levado a efeito para amortização indevida do ágio, e praticaram os atos societários e comerciais necessários para sua execução.**

No caso concreto, a Administração Tributária não demonstra a existência de interesse comum. Mesmo o acórdão recorrido se mostra incapaz de justificá-lo, haja vista que indica como interesse comum o fato de ao administrarem os negócios da interessada, tiveram participação ativa na concepção do planejamento tributário **e praticaram os atos societários e comerciais necessários para sua execução**, portanto, deve ser afastada a atribuição de responsabilidade com base neste fundamento.

Tampouco entendo deva ser mantida a responsabilidade tributária com fulcro no art. 135, III do CTN, haja vista que não há qualquer violação à lei ou atos constitutivos demonstrados no caso concreto, inclusive pela própria delimitação do fisco ao atribuir a operação a qualificação de “planejamento tributário abusivo”.

Até porque, segundo Takano, ao tratar do parecer normativo COSIT RFB n. 4/18, *definir o preciso momento em que um planejamento tributário pode ser considerado abusivo revela-se tema tormentoso e desafiador, que tem sido debatido intensamente pela comunidade jurídica* (TAKANO, C. A. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 41, p. 82–116, 2019, p. 109).

E prossegue:

Não é este o espaço para investigar de forma aprofundada cada uma das figuras mencionadas. No entanto, sendo a hipótese de “planejamento tributário abusivo” uma “variável em relação à do cometimento de ato simulado”, é imperioso que se busque perquirir se, nelas, há um ato ilícito que possa, dentro das premissas do próprio Parecer Normativo, ensejar a solidariedade tributária. A resposta, no entanto, parece-nos ser negativa.

O Parecer conceitua o abuso de forma como “atos jurídicos complexos que não possuem essência condizente com a forma”. A ideia, inspirada no Direito alemão, é a de que a lei tributária não pode ser fraudada por abuso da forma jurídica, de tal sorte que a pretensão tributária “surgirá em conformidade com os fenômenos que teriam se verificado, se tivesse sido utilizada a forma jurídica apropriada”⁸⁹.

O raciocínio, entretanto, não se amolda ao ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, porque, como ensina Joan-Francesc Pont Clemente, a pretensão de que para cada negócio jurídico existe uma única via tributária aceitável não corresponde com a realidade viva das empresas, cujo cotidiano exige, essencialmente, a tomada de decisões, normalmente tomadas em torno de incertezas e risco, visando à prosperidade da empresa⁹⁰. Se isso é verdadeiro, é possível afirmar que, para o atingimento de um determinado resultado econômico, não há apenas um único caminho previsto pelo ordenamento jurídico que possa ser considerado como “correto”, mas vários, cada um com seus respectivos e específicos efeitos. A escolha entre um deles, sobre não ser proibida (ilícita), é pressuposta pelo ordenamento jurídico. É que se o procedimento empregado pelo contribuinte é diverso daquele utilizado para concretizar o negócio conotativamente descrito pela norma jurídica, distintos serão os negócios jurídicos praticados⁹¹. Assim, não havendo simulação, é livre o contribuinte para escolher e adotar a forma jurídica mais apropriada para conduzir seus negócios (TAKANO, C. A. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 41, p. 82–116, 2023, p. 109).

Por tais fundamentos, e entendo que os atos praticados não consubstanciam ilícito, até porque devidamente registrados em atas, documentos societários e fiscais, é que deve ser afastada a responsabilidade atribuída às pessoas físicas no caso concreto.

Quanto aos argumentos suplementares dos recorrentes

Ainda, entendo também que a alegação relacionada à decadência, referente ao recolhimento de IRPJ, retido na fonte em nome da Recorrente, e CSLL, no decorrer do ano-calendário 2013 (vide **Doc. 03** da Impugnação), perde objeto, em virtude do provimento da presente pretensão recursal.

Por fim, sobre a discussão sobre o reajuste ocorrido na compensação e prejuízos fiscais de IRPJ e base de cálculo negativa de CSLL, que, segundo o contribuinte, teriam sido recalculados considerando os processos administrativos referidos (**processo administrativo nº 11080.733632/2017-83**) e a respectiva autuação, entendo que os efeitos da decisão favorável

sobre os mesmos também surtirão os efeitos devidos para a recomposição dos mesmos, o que deve ser feito no momento da liquidação do crédito tributário.

Conclusão

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de ofício e dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz

Declaração de Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque

2. Apesar do bem construído voto do Conselheiro Relator, a presente declaração de voto objetiva esclarecer as razões que me levaram a concluir que a operação da qual resultou o ágio é plenamente válida, a permitir o aproveitamento de sua amortização fiscal.
3. Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes, não versa sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.
4. É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.
5. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição de FIP (Fundo de Investimento em Participações) que foi constituído para captar recursos no mercado e, ao final, adquirir a companhia BRINOX, que é a empresa operacional, ou seja, aquela que detém os ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Não há qualquer irregularidade na constituição desse tipo de fundo por partes independentes para viabilizar transações dessa natureza.
6. Note-se que o FIP não pode deduzir o ágio nem pode realizar nenhum tipo de operação que tenha natureza comercial, pois sua função é unicamente a formação de investimento privado para participar do capital social de empresas que atuam no mercado e, com isso, obter ganho para seus investidores.

7. Assim, nada mais natural que a participação de outras companhias, criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares, ainda que o investimento tenha decorrido da formação de um FIP, em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

8. Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, em formação diversa, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “*ágio interno*”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a atuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada “empresa veículo” cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um “mal em si mesmo”.

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque o simples emprego de “empresa veículo” não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da “empresa veículo” e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor

da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de

desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencione do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

9. Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

10. Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

11. a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);

12. b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

13. Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

Art. 7º 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 art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, 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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (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.

§ 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:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

- a) 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;
- b) 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 da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 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.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

14. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios continua vigente no ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

15. Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

16. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

17. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*⁷.

18. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira⁸, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

⁷ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. ____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

⁸ NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

19. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

20. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

21. Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre “*O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*”, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

22. Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar

atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, “*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.*” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

23. Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais⁹.

24. É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

25. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

26. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres¹⁰, Marcus Abraham¹¹, Marco Aurélio Greco¹², Marciano Seabra de Godoi¹³, Sérgio André Rocha¹⁴, Carlos

⁹ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹¹ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹² GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹³ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO,

Alexandre de Azevedo Campos¹⁵, Klaus Tipke¹⁶, Douglas Yamashita¹⁷, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

27. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

28. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹⁸. O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

29. É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

30. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos¹⁹.

Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹⁴ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁶ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹⁹ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de

31. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

32. Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*²⁰, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

33. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)²¹ de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.²²

34. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito comercial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual n° 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

²⁰ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

²² ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

35. Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura societária da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

36. Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

37. Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”²³, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

38. Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração*

²³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se. Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)²⁴. (Grifou-se)

39. Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que “*não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário*”²⁵.

40. Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuda artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a

²⁴ GRECO, Op. Cit. p. 568.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoocorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

41. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

42. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que “*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*”²⁶.

43. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o fisco, pois o parâmetro não é o fisco, é a lei!

44. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

45. Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

²⁶ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

46. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

47. a) Assegura-se ao destinatário da norma a cognoscibilidade do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;

48. b) Modela-se a confiabilidade no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;

49. c) Viabiliza-se calcular os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

50. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto”*²⁷. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social,

²⁷ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

51. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

52. Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

53. Por fim, ressalte-se que também houve a glosa da dedutibilidade das despesas financeiras pela Brinox (operacional), em razão da dívida ter sido contraída com debêntures do Itaú pela empresa veículo (Celle) e só por ela poderia ser deduzida. Como ela foi adquirida (aquisição reversa) pela Brinox, esta perderia tal direito, pois não seria despesa operacional, pois não seria despesa necessária ou usual (art. 299 RIR).

54. Não obstante, tal despesa é dedutível não por ser operacional (usual e necessária), mas por ser dedutível totalmente como despesa financeira, conforme dispunha o art. 374 do RIR/99, à época de sua vigência:

Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem;

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.

55. Portanto, não se vislumbra qualquer impedimento à dedutibilidade da despesa financeira em referência, independentemente de quem a tenha assumido, devendo ser desconstituída a autuação também nesse ponto.

CONCLUSÕES

56. Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

57. É a declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Embora de acordo com o voto do ilustre conselheiro relator, apresento aqui declaração de voto ressaltando alguns pontos importantes da discussão em sessão.

Dedução do ágio: considerações gerais

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

Também se torna relevante destacar o ordenamento jurídico ao qual estava submetida a amortização do ágio, isto é, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e o artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse sentido, houve total cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que assim dispõe:

Art. 7º 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 art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, 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 a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, 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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Assim, houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada “confusão patrimonial”), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

A ingloria busca de um “real adquirente” e o uso da teoria alienígena do propósito negocial

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

No caso concreto, nota-se que o adquirente jurídico do investimento com ágio foi incorporado pela adquirida, ou seja, todos os requisitos formais foram devidamente cumpridos.

A busca por uma eventual real adquirente deixa de lado todos os atos jurídicos que foram devidamente praticados e passa a adotar uma busca de cunho econômico. Vale notar que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, de forma que se levarmos a fundo a ideia do real adquirente, se buscará sempre uma “pessoa física”, que será em último caso a sócia “final” de uma pessoa jurídica ou de um grupo econômico.

Se partirmos do pressuposto que temos que olhar a origem dos recursos econômicos de uma pessoa jurídica para determinar a real adquirente, chegaríamos ao extremo de dizer que se um pai faz uma doação a um filho para que o filho adquira um imóvel, temos que embora o adquirente jurídico do imóvel seja o filho com recursos oriundos da doação, o real adquirente do imóvel é o pai. Note-se como essa busca por um real adquirente faz de todo o ordenamento jurídico uma tábula rasa.

Geralmente nos casos de aquisição de investimento com ágio, é comum que uma pessoa jurídica constitua uma outra pessoa jurídica (ou se utilize de uma pessoa jurídica já

existente) e faça uma integralização de capital nessa investida, sendo que a investida é que fara a aquisição de uma outra pessoa jurídica com ágio.

Por mais que possamos fazer o caminho dos recursos econômicos, houve uma operação de integralização de capital, de forma que a investida possui recursos para fazer uma aquisição com ágio, tal qual o exemplo do pai que doou recursos para que seu filho adquira o imóvel. Não me parece que o problema esteja no fato da integralização de capital em si, pois se os recursos tivessem sido obtidos por doação, muito provavelmente a autuação continuaria sendo fundamentada na questão da real adquirente.

Vale notar que não há dispositivo legal autorizando uma fundamentação do auto de infração com base no fato de que a investidora não é a real adquirente. O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional permite a revisão do lançamento tributário quando há comprovação de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Tal comprovação deve ser inequívoca, o que somente pode ser feito quando se comprova que o contribuinte agiu em desacordo com a lei.

Mais uma vez, no caso concreto, o contribuinte seguiu o artigo 7º da Lei n. 9.532/97. A conduta dolosa exigida pelo artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional pressupõe que o contribuinte tenha total ciência de que esteja agindo em desacordo, o que não acontece em um caso em que inexistente uma vedação expressa.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que todo o fluxo dos recursos financeiros foi devidamente formalizado e registrado publicamente. Não há nada escondido. Se entendermos que não é possível a integralização de capital em uma pessoa jurídica para que esta realize uma aquisição de participação societária com ágio, também é impossível por decorrência lógica que um pai doe recursos para um filho, para que este faça a aquisição de um veículo, pois o “real adquirente” do imóvel seria o pai.

Feitas tais considerações, o uso da teoria do propósito negocial sem que ela esteja internalizada em nosso ordenamento jurídico (e muito pelo contrário tenha sido expressamente rechaçada em duas oportunidades pelo Congresso Nacional) acaba funcionando como um atalho para que não haja a devida fundamentação dos fatos como fraude ou simulação.

Em outras palavras, em um cenário em que não há proibição legal à constituição de uma pessoa jurídica como “empresa veículo” e que não há a adoção da teoria do propósito negocial no ordenamento jurídico, a fiscalização ampara suas conclusões em duas frágeis colunas não amparadas por lei, quando até poderia tentar comprovar eventualmente que se trataria de uma operação fraudulenta ou simulada.

Em suma, o uso de uma “empresa veículo” é uma decorrência lógica da própria amortização fiscal do ágio, uma vez que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 exige a dita “confusão patrimonial” entre investidora e investida, não cabendo se falar em proibição ao seu uso e muito menos é lógico buscar uma “real adquirente” de um investimento, visto que no fundo sempre haverá uma “pessoa física”, além do que fazer com que a busca da origem dos recursos econômicos ultrapasse os “contratos jurídicos” faz com que diversas situações possam também a vir ser desconsideradas no futuro.

Além disso, em que pese a não adoção do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro e rejeições expressas de sua adoção pelo Poder Legislativo, o fato é que a

criação de uma “empresa veículo” para viabilizar a amortização fiscal do ágio seria um propósito por si só.

Por fim, é importante notar que a constituição da “empresa veículo” se deu por parte do alienante, isto é, com vistas à uma melhor estruturação societária (e talvez até visando uma futura alienação), foi constituída uma holding pelos alienantes (de modo que se existisse alguma discussão seria relativa à “real adquirida”, o que por si só seria estranho), o que garante uma melhor gestão e governança por parte dos antigos proprietários da pessoa jurídica operacional.

A irrelevância no caso concreto do uso de um fundo de investimento em participações (FIP)

Os primeiros agrupamentos para realização de investimentos coletivos no Brasil se davam sob a forma jurídica de sociedades de investimento, conforme apontam os estudos de Oscar Barreto Filho²⁸ e Peter Walter Ashton²⁹.

Todavia, Ricardo de Santos Freitas assinala que a disciplina jurídica atual dos fundos de investimento se fundamenta nos artigos 49 e 50 da Lei n. 4.278/65, que os qualificam como um condomínio cujo objetivo é a aplicação em títulos e valores mobiliários³⁰.

Assim, vale notar que o fundo de investimento é um condomínio, não possuindo personalidade jurídica, embora deva possuir registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e escrituração contábil própria, que seguirá as regras do Cosif³¹.

Com relação à tributação dos fundos de investimento, cumpre ressaltar que há isenção do imposto de renda para todos os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos fundos nas operações com títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras que compõem a sua carteira.

Elidie Bifano aponta a importância da classificação dos fundos em de renda fixa e de renda variável com base no percentual de ações em suas carteiras, dado que há consequências tributárias distintas, tal como os eventuais ganhos líquidos no mercado variável serem tributados como ganhos a título de valorização da quota dos fundos de renda fixa e não como ganhos líquidos³².

Conforme bem resumido por Rodrigo Pará Diniz, os rendimentos auferidos pelos quotistas dos fundos de investimento são geralmente tributados pelo imposto de renda, de acordo com as alíquotas regressivas em função do período das aplicações e dos ativos componentes das carteiras, no momento do resgate das respectivas quotas ou do encerramento dos fundos, no entanto, há o regime de “come-quotas” aplicável aos fundos de renda fixa e multimercado, pelo

²⁸ BARRETO FILHO, Oscar. Regime Jurídico das Sociedades de Investimento. São Paulo: Max Limonad, 1956.

²⁹ ASHTON, Peter Walter. Companhias de Investimentos. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1963.

³⁰ FREITAS, Ricardo de Santos. Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 268.

³¹ LIMA, Iran Siqueira; LISBOA, Lázaro Plácido; LOPES, Alexsandro Broedel; ANTUNES, Maria Thereza Pompa; EL HAJJ, Zaina Said. Fundos de Investimentos: Aspectos Operacionais e Contábeis. São Paulo: Atlas, 2004.

³² BIFANO, Elidie Palma. O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 301-302.

qual ocorre uma tributação nos meses de maio e novembro pelo imposto de renda sobre a valorização das quotas detidas pelos quotistas do fundo independentemente de seu resgate³³.

No que tange especificamente ao fundo de investimento em participações (FIP), este foi regulamentado inicialmente pela Instrução CVM n. 391/03, que dispôs sobre constituição, a administração e funcionamento. Atualmente, os FIPs são regulamentados pela Instrução CVM n. 578/16.

Dessa forma, segundo a referida norma, um FIP é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio fechado, destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, que deve participar do processo decisório da sociedade investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

No tocante à tributação do FIP, Rodrigo Pará Diniz assinala que ela se equipara àquela aplicável aos fundos de investimento em ações, isto é, o imposto de renda incidirá no resgate ou amortização das quotas à alíquota de 15%³⁴.

Como se observa, não há tributação “come-quotas” no FIP, embora já tenha havido tentativas de inclusão de tal regime para os FIPs na Medida Provisória n. 806/17 e nos Projetos de Lei n. 336/18 (do Senado) e 10.638/18 (da Câmara dos Deputados).

Assim, o FIP deve ser entendido como instrumento para a realização de investimentos (o que acabou acontecendo de fato), garantindo uma melhor governança na gestão de tais investimentos.

Na discussão em sessão, foi trazido o argumento de que o contribuinte queria se beneficiar do uso do FIP para obtenção de recursos para investimento e ao mesmo tempo queria se aproveitar da amortização do ágio.

É importante notar que o FIP foi devidamente constituído por pessoa jurídica não residente e vem cumprindo a sua função de ser um instrumento para a realização de investimentos em participações societárias, sendo importante destacar que diferentemente de outros investimentos que são feitos por outras modalidades de fundos de investimentos (renda fixa, renda variável, direitos creditórios, dentre outros), o retorno regular de um FIP se dá por meio do recebimento de lucros e dividendos, rendimentos que são atualmente isentos nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.249/95.

Dessa forma, o FIP em questão não tem nenhum objetivo tributário específico, mas tão somente um objetivo de garantir uma melhor governança, ao contrário do afirmado na sustentação oral da PGFN.

Ao adquirir a dita “empresa veículo” constituída pelos alienantes, o FIP cumpriu com seus objetivos e caso não houvesse tal veículo não haveria outra forma de ocorrer o aproveitamento do ágio diante da impossibilidade de fusão ou incorporação entre a Recorrente e

³³ DINIZ, Rodrigo Madureira Pará. Fundos de Investimento no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014. p. 30-31.

³⁴ DINIZ, Rodrigo Madureira Pará. Fundos de Investimento no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014. p. 58-59.

o FIP. A “empresa veículo” é a única forma de garantir o aproveitamento do ágio no presente caso e destaque-se mais uma vez que ela foi constituída pelos alienantes.

Dedutibilidade dos juros das debêntures – despesas necessárias

No âmbito do Direito Privado, há a premissa de que o ordenamento jurídico positivado não teria as condições de previsão em seus textos legais de todos os institutos e contratos, mas apenas estabelece os limites para que as relações contratuais não sejam desequilibradas³⁵.

Aliás, a própria prática negocial reiterada originou diversos modelos contratuais atualmente regulados em lei, que passaram de contratos atípicos para típicos a partir do momento em que os legisladores os transportaram para a lei³⁶.

Dessa forma, se estivessemos em um modelo no qual houvesse necessidade de previsão expressa das despesas dedutíveis, teríamos uma situação na qual os gastos relacionados a novos institutos ou contratos não estariam previstos como dedutíveis até que o legislador alterasse a lei para prever expressamente esta dedutibilidade.

Como decorrência, para fins de apuração de dedutibilidade das despesas da pessoa jurídica, a lógica é inversa àquela das deduções expressas do IRPF, na medida em que são dedutíveis as despesas a menos que haja uma previsão expressa de ineditibilidade.

Nessa linha, Ricardo Mariz de Oliveira observa que o regime legal de dedutibilidade do IRPJ instituído no Brasil possui duas fases: (i) uma primeira fase em que “a priori” todas as despesas da pessoa jurídica são dedutíveis³⁷; e (ii) uma segunda fase em que somente não são dedutíveis as despesas que tenham essa ineditibilidade total ou parcial determinada por uma norma legal³⁸.

Como se nota, a ineditibilidade de uma despesa é estabelecida nessa segunda fase por um regime de exceção³⁹.

Ricardo Mariz de Oliveira pondera ainda que a previsão expressa em lei das exceções à dedutibilidade configura um roteiro seguro para que o contribuinte possa efetuar o cálculo de sua base do IRPJ⁴⁰.

³⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1984. p. 17.

³⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 12.

³⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

³⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

³⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

⁴⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

O artigo 47 da Lei n. 4.506/64 estabelece uma regra geral de dedutibilidade de despesas, pela qual são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

A partir do referido dispositivo legal, Ricardo Mariz de Oliveira assevera que os critérios para que uma despesa seja classificada como dedutível são os seguintes: (i) não serem custos; (ii) serem despesas necessárias; (iii) serem comprovadas e escrituradas; (iv) serem deduzidas no período-base competente⁴¹.

Segundo Luís Eduardo Schoueri, os critérios presentes no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 decorrem da própria noção de renda líquida⁴².

Embora cada um dos referidos critérios seja extremamente relevantes, o foco do presente tópico se dará sobre o conceito de despesa necessária.

Ao comentar o então vigente artigo 299 do RIR/99, dispositivo normativo lastreado no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, Noé Winkler acentuava a grande subjetividade presente no conceito de despesas necessárias, o que ocorreria até pelo fato de que inexistia ainda que a título exemplificativo uma lista das despesas desnecessárias⁴³.

Mas afinal o que vem a ser uma despesa necessária para fins de dedutibilidade na apuração do IRPJ?

Ricardo Mariz de Oliveira pondera que o conceito de necessidade deve ser estabelecido de forma objetiva, evitando interpretações subjetivas, que pode variar de indivíduo para indivíduo⁴⁴.

Nesse sentido, o referido autor propõe que a necessidade de uma despesa não deve ser entendida à luz da característica de obrigatoriedade ou compulsoriedade, mas sim identificando se ela é inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou até mesmo que surja em virtude da simples existência da empresa e do papel social que desempenha⁴⁵.

Em sentido oposto, a despesa não é necessária quando decorrer de ato de liberalidade, mas esta não deve ser entendida no sentido de espontaneidade, mas no sentido de ato de favor, estranho aos objetivos sociais⁴⁶.

Em outras palavras, não são necessárias (e não deveriam ser assumidas pela empresa) as despesas que não estejam ligadas, vinculadas, relacionadas ou não sejam inerentes ou pertinentes à pessoa jurídica às suas atividades empresariais⁴⁷.

⁴¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. Vol. 1. São Paulo: IBDT, 2020. p. 827-910.

⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.

⁴³ WINKLER, Noé. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 430.

⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.

⁴⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.

⁴⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.

⁴⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

Ricardo Mariz de Oliveira aponta que o critério da necessidade não se relaciona com a existência de algo melhor ou mais barato, ou algo que não deveria ser feito, mas uma necessidade de manutenção da fonte produtora⁴⁸.

Sobre a manutenção da fonte produtora, Kevin Holmes destaca que a doutrina de manutenção da fonte produtora tem origem na doutrina de Friedrich Benedict Wilhelm von Hermann, que escreveu sobre o tema ainda no século XIX⁴⁹.

Para Friedrich Hermann, renda seria a parcela dos rendimentos obtidos que são passíveis de serem consumidos por um indivíduo sem que haja prejuízo ao seu capital⁵⁰.

Na mesma linha, Heleno Torres assevera que somente pode haver produção de renda quando preservada a manutenção do capital original, daí a imprescindibilidade de dedução das despesas incorridas⁵¹.

Assim, segundo o referido autor as autoridades tributárias somente podem glosar despesas suportadas por documentação hábil e corretamente escrituradas se houver a comprovação de forma contundente dos seguintes aspectos: (i) desnecessidade da despesa; (ii) ausência de correlação com a fonte produtora de rendimentos; e (iii) ausência de causa jurídica dos contratos geradores⁵².

Ademais, em sentido semelhante ao de Ricardo Mariz de Oliveira, Heleno Torres afirma que somente se configura despesa não necessária aquela que envolva liberalidade no sentido objetivo legal, ou seja, ato de favor, estranho aos fins e estatutos sociais, ficando para além dos poderes conferidos à da administração da empresa⁵³.

Considerando que são indedutíveis as despesas estranhas aos objetivos da entidade, Edmar Andrade menciona quais são os interesses que giram em torno da atividade empresarial e que justificariam a dedutibilidade das despesas: (i) a manutenção da empresa como tal e agregação de valor a si própria de modo contínuo e crescente; e (ii) o cumprimento do desiderato que é obter resultados que possam ser repartidos entre os sócios ou acionistas⁵⁴.

Como se observa, são interesses amplos e somente não se enquadram neles os gastos que são suportados pela empresa e que são estranhos ao interesse da empresa, tais como gastos pessoais dos sócios e administradores cujo ônus foi suportado pela empresa.

A alusão à ideia que “não existe almoço grátis” populariza por Milton Friedman é relevante, na medida em que muitas decisões dos gestores que aparentemente podem parecer

⁴⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

⁴⁹ HOLMES, Kevin. *The Concept of Income*. The Netherlands: IBDF, 2000. p. 86.

⁵⁰ HOLMES, Kevin. *The Concept of Income*. The Netherlands: IBDF, 2000. p. 86.

⁵¹ TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas* (. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.

⁵² TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas* (. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.

⁵³ TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas* (. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.

⁵⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 496.

graciosas pelo fato de não serem obrigatórias, tem um objetivo mediato mais amplo de consecução dos objetivos de agregar valor à empresa, no interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas.

Aliás, esta ideia de atendimento aos interesses da empresa (que é ignorada em grande parte das decisões do CARF, que ainda se lastreiam na questão da compulsoriedade ou não da despesa) parece levar Noé Winkler a entender que seriam dedutíveis tanto brindes oferecidos em festas natalinas, desde que os montantes a ele relativos não extrapolem os limites da modicidade, quanto gastos com reuniões de confraternização, que são usuais, além de constituírem um fator psicológico gerador de ambiente positivo, contribuindo para o melhor desempenho da atividade da empresa⁵⁵.

Por fim, cumpre citar que sob a perspectiva da usualidade das despesas e como ela se relaciona com o momento e contexto fático em que a despesa foi incorrida, Elidie Bifano aponta que as características das despesas operacionais variam no tempo, quer por força de novos negócios, quer por novos contextos sociais, econômicos e empresariais que se desenham, bem como pela mudança de costumes, de modo que despesas atualmente consideradas extremamente usuais como teletrabalho, 13º salário e gastos com assistência médica dos empregados nem sempre foram assim consideradas⁵⁶.

Após delinear o que seria uma despesa necessária, cumpre citar outras teorias que auxiliam no teste de verificação se uma determinada despesa é ou não necessária, isto é, se aquela despesa foi tomada no interesse da empresa ou em nome de algum interesse externo, como os interesses pessoais dos sócios ou administradores.

A ideia de um gasto ser estranho à empresa também pode ser explicada à luz da teoria do ato anormal de gestão.

Em sua tese de livre docência sobre “Distribuição Disfarçada de Lucros”⁵⁷, Luís Eduardo Schoueri analisa a teoria do ato anormal de gestão, pela qual não cabe às autoridades fiscais julgar a qualidade ou os resultados da gestão financeira ou comercial de uma empresa.

Conforme o referido autor, a atividade dos administradores deveria se fundamentar no interesse das sociedades e não nos interesses pessoais, de forma que se esta regra fosse seguida, todas as despesas seriam necessárias⁵⁸.

Ocorre que na prática pode ocorrer um desvio de conduta por parte dos administradores na hipótese em que eles tomem uma decisão com reflexo patrimonial na entidade que eles gerem, mas tal decisão tenha sido tomada com base nos interesses pessoais.

Nesta situação, estaríamos diante de um ato anormal de gestão. Citando o pensamento de Masson, Luís Eduardo Schoueri aponta que, para aquele autor, a anormalidade dos atos de gestão deve ser auferida por meio de critérios matemáticos, a partir da comparação

⁵⁵ WINKLER, Noé. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 430.

⁵⁶ BIFANO, Elidie Palma. *Reflexões sobre as Despesas Operacionais e o IRPJ – uma História de 100 anos*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos. *Revista de Direito Contábil Fiscal*. Volume 5. Número 9. São Paulo: MP, 2023. p. 39-55.

⁵⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 155-159.

⁵⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.

de gastos da entidade com gastos equivalentes de terceiros, bem como por meio de uma análise da relação custo e benefício do ato praticado pelo gestor⁵⁹.

Diante de tal cenário, Luís Eduardo Schoueri entende que a teoria do ato anormal de gestão foi positivada no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, de modo que despesa necessária é aquela que se voltou ao incremento da empresa sob a perspectiva operacional ou econômica, não sendo seriam dedutíveis as despesas que não possuem qualquer ligação com o interesse da empresa, tais como gastos com liberalidades concedidas a um parente dos sócios ou administradores⁶⁰.

De acordo com a teoria do ato anormal de gestão, não caberia às autoridades fiscais julgar a qualidade ou os resultados da gestão financeira ou comercial de uma empresa. Nesse diapasão, ainda que eventualmente um sócio ou acionista até pudesse questionar os atos praticados pelos gestores, não há como tal questionamento se dar pelas autoridades fiscais⁶¹.

No mesmo sentido, Humberto Ávila acentua que as autoridades fiscais não têm qualquer ingerência sobre as escolhas diretivas a respeito da estratégia empresarial adotada ou mesmo sobre o modo pelo qual o contribuinte decide realizar o negócio ou operação⁶², assim como Ricardo Mariz de Oliveira pondera que não é lícito às autoridades fiscais se imiscuir nas decisões dos contribuintes, as quais competem aos administradores da pessoa jurídica⁶³.

Sobre este ponto acerca do questionamento sobre as decisões dos gestores de uma entidade, cabe ressaltar que gestores têm que tomar uma série de decisões relativas à vida econômica de uma empresa.

Como quaisquer seres humanos, as decisões podem estar sujeitas a falhas, de modo que todos os administradores tomam decisões certas e erradas.

No âmbito do Direito Societário, a discussão sobre responsabilização dos administradores fez com que fosse criada nos Estados Unidos da América a teoria do “business judgement rule”. Tal teoria teve origem no caso “Percy v. Millaudon, julgado pela Suprema Corte da Louisiana em 1829, em cuja decisão foi consignado que o simples prejuízo decorrente de uma decisão não faz o administrador responsável, sendo imprescindível a comprovação de que o seu ato era inadmissível ao padrão do homem comum⁶⁴.

⁵⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 155-159.

⁶⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.

⁶¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.

⁶² ÁVILA, Humberto. *Dedutibilidade de Despesas com Pagamento de Indenização decorrente de Ilícitos Praticados por ex-funcionários*. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur Maria (coords.). *Tributação do Ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 91.

⁶³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

⁶⁴ SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A – Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.

Outros casos judiciais relevantes ajudaram a conferir maiores contornos à referida teoria. No caso “Goldbold v. Branch”, julgado pela Suprema Corte do Alabama em 1847, foi consignado na decisão que se os administradores fossem responsabilizados por todos os atos praticados ou decisões erradas, nenhum homem probo aceitaria esse tipo de cargo. Por sua vez, no caso “Hodges v. New England Screw”, julgado pela Suprema Corte de Rhode Island em 1850, foi decidido que o administrador não deve ser responsabilizado pelas consequências do erro se teve boa fé e agiu nos interesses da sociedade com o devido cuidado e diligência⁶⁵.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, cumpre citar que o artigo 154, §2º, “a”, da Lei n. 6.404/76 estabelece que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa, sendo vedado a ele praticar ato de liberalidade à custa da companhia.

Dessa forma, para fins de exclusão da sua responsabilização, é fundamental que o administrador tome suas decisões com base no interesse da empresa e não pratique ato de liberalidade cujo ônus recaia sobre a empresa.

Ao tratar do conceito de liberalidade para fins de responsabilização dos administradores, Trajano de Miranda Valverde acentua que atos de liberalidade são os que diminuem o patrimônio social sem que tragam para a sociedade nenhum benefício ou vantagem de ordem econômica⁶⁶. De igual forma, Modesto Carvalhosa pondera que os atos de liberalidade constituem fraude à lei e a sua antijuridicidade decorre da redução do patrimônio social ou a prática de negócios que impeça o crescimento imediato ou mediato deste patrimônio⁶⁷.

Mais uma vez, há uma certa aproximação entre o conceito de despesa não necessária e o conceito de despesa praticada com liberalidade, que seria aquela passível de indedutibilidade e de responsabilização do administrador.

Nesse sentido, é interessante mencionar que Fran Martins afirma que os administradores prejudicam os acionistas e por isso devem responder aos prejuízos quando praticam atos de liberalidade à custa da companhia, no entanto, nos termos do artigo 154, §4º, da Lei n. 6.404/76 pode ser autorizada a prática de atos gratuitos razoáveis diante das responsabilidades sociais da empresa, entendidos tais atos como aqueles de pequeno valor bem como aqueles capazes de ser justificados em benefícios do empregado ou da comunidade de que participe a empresa. Como exemplo, o referido autor cita gastos com natal dos filhos dos empregados, distribuição de brindes e contribuições para campanhas de interesse público⁶⁸.

Sampaio de Lacerda destaca também que há atos que são aparentemente gratuitos, no entanto, são passíveis de gerar negócios vantajosos para a companhia no futuro, tais como o pagamento de bolsas de estudos e contribuições a entidades científicas⁶⁹.

Por estas razões, o conceito de liberalidade a ser utilizado para determinação se uma despesa é necessária ou não para fins de apuração do IRPJ é aquele da legislação societária, que não está vinculado ao fato de uma despesa não ser obrigatória, mas sim de uma despesa ser

⁶⁵ SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A – Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.

⁶⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 322.

⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 402.

⁶⁸ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das S.A.* Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 373

⁶⁹ LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das S.A.* Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 193.

incorrida de forma estranha aos interesses da companhia, situação na qual a despesa será indedutível, assim como será passível de gerar responsabilização patrimonial dos administradores.

No caso em tela, não há como atribuir um caráter de liberalidade à tomada do empréstimo que gerou os juros que estão sendo registrados como despesas e estão sendo considerados dedutíveis. Também não há se que se falar em indedutibilidade dos juros devido ao fato do empréstimo ter sido efetuado para a própria aquisição da ora recorrente, uma vez que tal transferência de ônus se dá em função da sucessão patrimonial da incorporada pelo incorporada, noção que rege as reorganizações societárias e garante que tais operações possam ocorrer sem a liquidação de todas as entidades envolvidas e assegurando o direito dos credores da sociedade incorporada.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Declaração de Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

O presente processo tem como cenário fático a aquisição alavancada de empresa nacional, com ágio, por empresa estrangeira. A empresa adquirente interpôs no negócio uma empresa nacional (empresa veículo) com o propósito de adquirir crédito no mercado financeiro nacional e realizar a compra. A empresa interposta foi incorporada pela empresa adquirida logo depois da aquisição (incorporação reversa).

A fiscalização entendeu que a relatada constituição de empresa veículo teria a intenção de dissimular a real adquirente, que seria a empresa estrangeira, o que caracterizaria uma fraude. Com isso, glosou as despesas de amortização do ágio e as despesas financeiras relativas à captação dos recursos pela empresa interposta.

O ilustre relator afastou a ocorrência de fraude e votou por exonerar a exigência tributária. O meu voto é no mesmo sentido. Contudo, solicitei a oportunidade de apresentar a presente declaração de voto para deixar claros os meus elementos de convicção.

Amortização do ágio

As operações societárias em tela estão formalmente corretas. A fiscalização não apontou qualquer vício nos procedimentos adotados para a realização do negócio. A divergência instaurada no presente processo diz respeito à apreciação jurídica desses fatos. A fiscalização entendeu que a empresa CELLE foi interposta na aquisição da BRINOX sem qualquer propósito comercial, sendo utilizada apenas para possibilitar a incorporação reversa e a consequente amortização do ágio, caracterizando assim uma fraude. Para a fiscalização, a real adquirente da BRINOX é a empresa estrangeira SOUTHERN CROSS, o que afastaria a incidência do artigo 7º

da Lei nº 9.532/1997, ou seja, a BRINOX não poderia realizar a dedução com a amortização do ágil em razão da incorporação da CELLE.

A solução requerida exige perquirir se a interposição de empresa veículo, com o único objetivo de possibilitar a amortização do ágil e a sua dedução, configura uma fraude.

Inicialmente, deve ser salientado que a CELLE, apesar de ter sido criada com o propósito específico de intermediar a aquisição da BRINOX pela SOUTHERN CROSS, também foi veículo para a colheita dos recursos financeiros que possibilitaram a aquisição almejada, em um procedimento usual no mercado corporativo, conhecido como “aquisição alavancada”.

Em uma aquisição alavancada, a compra não se dá com os recursos financeiros da adquirente, mas sim com recursos captados no mercado financeiro e lastreados no patrimônio da própria empresa adquirida.

Tal fato, no meu entendimento, ainda que não afaste em definitivo a presente acusação fiscal, mitiga o seu acolhimento, exigindo outros elementos de convicção que apontem para a existência de um ilícito.

Sabe-se que a fiscalização tributária tem o dever de verificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo, nos termos do artigo 142 do CTN⁷⁰. Nesse mister, a fiscalização pode, em determinadas situações, superar a aparência formal e identificar a verdade material. É nesse sentido que o artigo 149, VII, do CTN⁷¹ determina a imposição de lançamento tributário “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”.

Entendo que o dolo ocorre quando o agente deseja ou tolera um injusto, ou seja, um resultado antijurídico. Não há dolo quando a pessoa deseja ou tolera aquilo que lhe é permitido ou não lhe é defeso.

Entendo que a fraude ocorre quando o agente adota uma conduta artilosa para obter uma vantagem que, sem o ardil, não lhe seria lícita.

Entendo que a simulação ocorre quando o agente constrói uma situação lícita para ocultar uma situação ilícita que, de outra forma, não seria tolerada.

A acusação fiscal aponta uma fraude, cujo ardil seria transferir a titularidade do investimento para terceiro (CELLE). Para tanto, demonstra que a empresa CELLE foi criada com essa finalidade, que nunca possuiu uma atividade econômica real e que foi incorporada logo em seguida da realização da aquisição. Por fim, demonstra que a CELLE não possuía recursos econômicos e financeiros para efetuar a aquisição, tendo agido apenas como veículo dos recursos oriundos da “real adquirente” SOUTHERN CROSS.

⁷⁰ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

⁷¹ 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;

Entendo que o fluxo financeiro, tomado isoladamente, não é determinante para apontar o real adquirente de uma empresa, principalmente quando a aquisição se dá por um grupo econômico, constituído por várias empresas, em que a decisão de adquirir é feita em conjunto, com o esforço financeiro de uma ou mais empresas do grupo, mas a efetivação se dá por apenas uma das empresas do grupo, aquela que terá a titularidade da empresa adquirida. Na espécie, há também a participação de um Fundo de Investimento em Participações (FIP), o que dificulta a identificação de um “real adquirente” diferente do adquirente formal (SELLE).

Saliente-se que o valor total da aquisição da BRINOX não foi o valor aportado na SELLE pela sua controladora. A este, deve ser somado o valor captado pela SELLE no mercado financeiro nacional. A se adotar o critério do fluxo financeiro, também deveria ser dito que os investidores nacionais também são adquirentes, o que não seria de todo absurdo, considerando que a garantia dos títulos financeiros emitidos estão ancorados nas ações da empresa adquirida. Mas é certo que isso não é o entendimento correto, assim como não é correto para o aporte recebido pela SELLE.

Também entendo que a ausência de atividade operacional da empresa SELLE, tomada isoladamente, não é determinante para afastar a sua titularidade na aquisição da empresa BRINOX.

Inicialmente, verifico que a empresa SELLE teve uma atividade operacional, que foi a captação de parte relevante dos recursos necessários para a aquisição em tela. Embora esta tenha sido a única atividade operacional na breve existência da empresa, não é possível afirmar que ela possuiu uma existência meramente formal.

Contudo, ainda que essa atividade econômica concreta não tivesse sido realizada, entendo que a utilização de uma empresa veículo, sem uma atividade econômica real, não é suficiente, isoladamente, para configurar a alegada fraude. Para tanto, seria necessário demonstrar que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

Na espécie, é pacífico o entendimento de que a aquisição da BRINOX foi realizada por uma parte não relacionada e com um efetivo ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. A questão está na determinação do real adquirente, a empresa SOUTHERN CROSS ou a empresa SELLE. Contudo, em qualquer uma dessas possibilidades, a BRINOX poderia amortizar o ágio, desde que incorporasse a empresa adquirente.

Verifico que a aquisição em tela poderia ter sido realizada diretamente pela SOUTHERN CROSS e esta poderia ter sido incorporada pela BRINOX, o que configuraria uma operação regular, conforme o critério adotado pela fiscalização. Não foi essa a opção do grupo adquirente, mas é preciso verificar a lisura da alternativa adotada antes de se apontar uma fraude. Em princípio, o procedimento adotado não configurou uma fraude, uma vez que está previsto na norma e atingiu a finalidade legítima da norma.

A hipótese legal da norma que autoriza a antecipação da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (Lei nº 9.532/1997) é a incorporação entre adquirente e adquirido, caso em que o ágio pago não poderia reduzir o ganho de capital apurado em futura liquidação da participação societária, pois o patrimônio de ambas se funde (confunde) com a incorporação e não há mais como apurar a equivalência patrimonial, necessária para o cálculo do ganho de capital. Para evitar essa possível perda, que desestimula as aquisições entre empresas, a lei criou uma nova hipótese de amortização do ágio, que não depende de uma

liquidação do bem adquirido, mas apenas da sua incorporação ao patrimônio da adquirente e vice versa. Entendo que tal medida implementa uma política tributária que estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo. Não é coincidência o fato de essa lei ter surgido no momento em que o Governo Federal estava realizando um amplo e profundo processo de privatização das empresas estatais, assim necessitando que a iniciativa privada fosse estimulada a adquirir as empresas estatais colocadas à venda.

Saliente-se que a incorporação reversa, prevista no artigo 8º da referida Lei nº 9.532/1997 é contra intuitiva, pois, em princípio, numa economia real, não faz sentido uma empresa recém adquirida incorporar a empresa que a adquiriu. O sentido somente desponta quando se constata que a empresa adquirida tem mais valor econômico do que a sua adquirente, situação que encontra o seu extremo quando a empresa adquirente é uma empresa constituída com o propósito específico de realizar a aquisição, o que é comum em uma economia financeira. Tal constatação me leva a crer que a permissão legal para a amortização do ágio quando ocorre uma incorporação reversa, trazida no dispositivo supracitado, permite entender que a utilização de uma empresa veículo, tomada isoladamente, não deve ser determinante para a configuração de uma fraude tributária, exigindo uma análise circunstancial que aponte outros elementos tendentes a demonstrar a fraude alegada.

Tal entendimento é, de fato, controverso no âmbito deste Tribunal Administrativo. Há decisões que adotam esse entendimento e há decisões contrárias a esse entendimento tanto na Câmara Baixa quanto na Câmara Superior deste CARF, muitas delas tomadas com o empate na votação, resolvido apenas pelo voto de qualidade do Presidente da Turma Julgadora ou pelo benefício dado ao contribuinte no caso de impasse, conforme o artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002 (já revogado). Todavia, gostaria de citar uma recente decisão da 1ª Turma da CSRF, para um caso muito semelhante ao presente, em que a alegada fraude configurada pela utilização de empresa veículo foi afastada por maioria de votos. Trata-se do Acórdão nº 9101-006.486, de 07/03/2023, o qual adotou a seguinte ementa:

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.

Também não poderia deixar de ser citada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 2.026.473-SC, a primeira a abordar matéria sobre o ágio veiculado por meio de empresa efêmera, quando foi adotada a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

[...]

Assim, entendo 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 correspondentes exigências devem ser exoneradas.

Dedução de despesas financeiras

A empresa CELLE, com o fito de adquirir a empresa BRINOX, capitou recursos no mercado financeiro, por meio da emissão de títulos privados, assim adquirindo correspondentes obrigações financeiras. Por ocasião da incorporação reversa que se seguiu, a empresa BRINOX passou a deduzir do lucro real, no período alcançado pela auditoria, valores correspondentes a essas despesas financeiras, assumidas inicialmente pela empresa CELLE.

Conforme o entendimento da fiscalização, embora a empresa BRINOX tenha adquirido as obrigações financeiras da empresa CELLE, as correspondentes despesas não são dedutíveis na apuração do lucro real, uma vez que não podem ser caracterizadas como despesas operacionais usuais e necessárias para a BRINOX, considerando que a finalidade dos títulos emitidos pela CELLE em nada se relacionariam com a atividade operacional da BRINOX.

A acusação fiscal ainda apresenta argumentos relacionados ao contexto da operação de aquisição da BRINOX pela SOUTHERN CROSS, inquinada de fraude pela fiscalização em razão da interposição de empresa veículo (CELLE). Contudo, conforme demonstrado no item anterior do presente voto, a alegada fraude não se configurou, de sorte que tais argumentos não serão aqui considerados.

A Procuradoria da Fazenda, em sua sustentação, reforça o entendimento adotado pela fiscalização, ao interpretar o artigo 374 do RIR/99, no sentido de que as despesas financeiras somente são dedutíveis quando forem despesas operacionais e uma despesa somente é operacional quando atende aos requisitos contidos no artigo 299 do RIR/99. Prossegue reforçando o mesmo entendimento adotado pela fiscalização de que as presentes despesas financeiras não são normais e necessárias para a BRINOX.

O artigo 300 do RIR/99 determina a dedutibilidade dos custos e despesas operacionais e o artigo 299 do mesmo Regulamento estabelece as condições para que uma despesa seja considerada como operacional, conforme a seguinte transcrição:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 2º).

A fiscalização entendeu que as despesas financeiras em tela não poderiam ser classificadas como despesa operacional, por não se adequarem ao artigo 299, ou seja, por não serem usuais ou normais e necessárias para a empresa BRINOX. Para tanto, a fiscalização buscou a finalidade da operação financeira que deu origem às referidas despesas e constatou que esta finalidade, a aquisição da empresa BRINOX, não era necessária para ela mesma.

Devo concordar com a fiscalização em que a transferência de titularidade da empresa não pode ser considerada como uma atividade operacional da própria empresa. Contudo, devo concordar com o recorrente que a dedução de despesa financeira não se dá pela aplicação do artigo 300 do RIR/99, mas pela aplicação de outro dispositivo pelo qual não é necessário averiguar a normalidade e necessidade da despesa.

Verifico que existem outras hipóteses de dedução de despesa que não atendem ao critério do artigo 299 do RIR/99, por exemplo, a dedução de juros sobre o capital próprio. Não é possível afirmar que o pagamento aos sócios de juros sobre o capital da empresa é uma necessidade, quando é apenas uma faculdade. Mesmo assim, essa despesa é claramente dedutível. Para isso, há um dispositivo legal que determina a dedução de juros sobre o capital próprio, a saber, o artigo 347 do RIR/99, com fundamento legal no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995.

Da mesma maneira, há um dispositivo legal que prevê a dedução dos juros pagos pelo contribuinte, a saber, o artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77, carreado no RIR/99 por meio do seu artigo 374, a seguir transcrito:

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):

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, nos períodos de apuração a que competirem;

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.

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei nº 9.532, de 1997, art. 1º, § 3º).

Portanto, ressalvadas as exceções trazidas no referido artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77, entendo que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, independentemente da averiguação da sua necessidade, normalidade ou usualidade, uma vez que a lei determina que estes devem ser deduzidos. Saliente-se que a referência feita pela norma a custo e despesa operacional indica a forma em que a despesa deve ser registrada para fins de

dedução, não havendo confusão com o artigo 199 do RIR/99, que trata da natureza da despesa para poder ser considerada operacional. Por fim, também devem ser ressalvados os casos de fraude, simulação e dolo, mas essas hipóteses foram afastadas, conforme a motivação contida no item anterior.

Não há dúvida de que a empresa BRINOX está obrigada a pagar os apontados juros, em razão dos títulos emitidos pela empresa CELLE, a partir do momento em que esta foi incorporada pela empresa autuada. Sendo assim, tais despesas são dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL. Tal entendimento já foi adotado em outras decisões deste CARF, dentre as quais destaco o Acórdão nº 1302-003.474, de 15/04/2019, o qual tratou de situação fática similar, quando foi adotada a seguinte ementa:

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBENTURES. INDEDUTIBILIDADE

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 398, Dec. 9.580/2018 - RIR/18).

Assim, entendo que as despesas financeiras originalmente de responsabilidade da empresa CELLE e arcadas pela empresa BRINOX em razão da incorporação reversa realizada podem ser deduzidas na apuração do IRPJ e da CSLL da empresa autuada, pelo que as correspondentes exigências devem ser exoneradas, por falta de fundamento legal.

Conclusão

Diante das razões acima expostas, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque