



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720065/2021-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.874 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de abril de 2024
Recorrente AMERICAN TOWER DO BRASIL - CESSAO DE INFRAESTRUTURAS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2016

SUBCAPITALIZAÇÃO. PAGAMENTO DE JUROS A PESSOA JURÍDICA VINCULADA SITUADA NO EXTERIOR. REGIME FISCAL PRIVILEGIADO.

As despesas com juros devidos a empresa credora vinculada que não exerça atividade econômica substantiva no exterior, à época da celebração dos contratos de mútuo, consideradas pela legislação brasileira como regime fiscal privilegiado, nos termos do art. 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, estão submetidas aos limites de dedutibilidade do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. FUNDAMENTO NO VALOR DOS BENS QUE INTEGRAM A PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ADQUIRIDA. IMPOSSIBILIDADE.

Quando o fato que ensejou o pagamento do ágio é o valor dos ativo de interesse da Recorrente (art. 385, § 2º, I, do então RIR/99), esse valor deverá ser registrado em contrapartida à conta que registre o bem que lhe deu causa, e integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (art. 386 do então RIR/99), não se lhes aplicando a hipótese dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÕES DISTINTAS. CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DISTINTAS.

A multa isolada prevista no atual art. 44, II, “b”, da Lei 9.430, de 1996, é devida sempre que a estimativa, apurada na forma do art. 2º da mesma lei, deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, ou seja, resta claro que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se fins de exigência da multa isolada, ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

Por se tratarem de condutas infracionais distintas, a lei atribui consequências sancionatórias distintas, afastar a exigência da multa isolada é negar vigência a texto legal expresso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2016

MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DA PREMISSE QUE A MOTIVOU. EXISTÊNCIA DE VÍCIO NÃO CONSIDERADO OU REFERENCIADO PELA FISCALIZAÇÃO. AFASTAMENTO.

Não subsistindo as motivações que levaram a autoridade fiscal a qualificar a multa quando da análise das infrações principais, restando apenas o vício de declaração com relação à fundamentação para fins de amortização do ágio, fato não foi considerado ou referenciado pela Fiscalização como razão para a qualificação da multa, conclui-se que tal conduta não foi determinante ao ponto de atrair a sanção pecuniária mais gravosa, de forma que deve ser reduzida a multa para o percentual de 75%.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO CONTROLADOR. INTERESSE COMUM. INOCORRÊNCIA.

É condição necessária para a responsabilização solidária com base no art. 124, I, do CTN, a vinculação jurídica e imediata ao fato gerador. Essa vinculação é possível, por exemplo, quando essa pessoa concorre para ocorrência do fato sobre o qual se funda o lançamento de ofício. A vinculação é imediata ao fato gerador, não sendo fato determinante aquilo que ocorre em momento posterior, quando por exemplo, na distribuição de resultados aos sócios.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em relação ao Recurso Voluntário do Contribuinte, em (i) rejeitar as preliminares de nulidade, por unanimidade de votos; e, no mérito, (ii) para lhe (ii) negar provimento, (ii.1) por maioria de votos, quanto às despesas com juros que excedem ao limite de dedutibilidade previsto no art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, no valor de R\$ 487.463.600,65, vencido o Conselheiro Marcelo José Luz de Macedo, que lhe dava provimento, (ii.2) por voto de qualidade (ii.2.1) em relação aos ágios de aquisição das pessoas jurídicas Sitesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e (ii.2.2) pela impossibilidade de concomitância das multas de ofício e isolada, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso, que lhe davam provimento nestes pontos; e para lhe (iii) dar provimento (iii.1) por maioria de votos, (iii.1.1) para considerar a despesa de juros necessária, (iii.1.2) para considerar legítima a amortização de ágio em relação à operação envolvendo a aquisição das empresas do Grupo BR Towers (BRT Holding1 S.A., BRT Holding2 S.A. e BR Towers S.A.) e (iii.1.3) para reduzir o percentual de qualificação da multa para 75%, relativa a despesas com juros, vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de

Sousa, que negava provimento a estes pontos e, (iii.2) por unanimidade de votos, em reduzir o percentual de qualificação da multa para 75% em relação aos ágios de aquisição das pessoas jurídicas Sitesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda. Em relação ao Recurso Voluntário da Responsável Solidária, acordam os membros do colegiado em (i) rejeitar, por unanimidade de votos, as preliminares de nulidade e, no mérito, em (ii) dar-lhe provimento, (ii.1) por unanimidade de votos, para lhe excluir do polo passivo em relação aos ágios de aquisição das pessoas jurídicas Sitesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e (ii.2) por maioria de votos, para lhe excluir do polo passivo em relação à despesa com juros, vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que lhe negava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ07, que julgou improcedente a impugnação contra Auto de Infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativo ao ano-calendário 2016, no valor de R\$ 534.124.009,80 e R\$ 198.203.199,62, com imputação de multa qualificada (150%).

2. A fundamentação da autuação se deu em razão do cômputo de despesas indedutíveis, juros *intercompany*, exclusão de ágio não autorizada e multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais, conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.770/1.947).

2.1. As despesas indedutíveis se referem a juros decorrentes de diversos contratos de mútuos *intercompany*, com pagamento de juros trimestrais e o principal ao final do contrato. Esses contratos de mútuo geraram um crescimento do passivo e despesas com juros em montantes que impediram a companhia de auferir lucro, fato inclusive reconhecido em relatórios de auditorias independentes de 2012, 2013, 2016, 2017 e 2018. Entre 2011 e 2018, esses mútuos

quintuplicaram (de R\$ 1 bilhão para R\$ 5 bilhões). Entendeu a autoridade lançadora, que a atuada foi usada por seus sócios para, por intermédio dos contratos simulados de empréstimos, que dissimularam a verdadeira natureza de capital investido, de forma que os sócios eram remunerados via juros transferidos para o exterior e no país tais valores eram registrados como despesas. Para a Fiscalização, tais despesas não desnecessárias à atividade da Recorrente.

2.2. A Atuada efetuou exclusões no valor de R\$ 138.536.080,90 a título de amortização de ágio por rentabilidade futura, que foram objeto de glosa, em razão de que a fiscalização entendeu que a real adquirente foi outra empresa do grupo econômico, sediada no exterior, de tal forma que o ágio contabilizado diz respeito a terceira empresa. Nesse particular, a Recorrente aparentou ser a proprietária do investimento, mediante simulação dos fatos efetivamente ocorridos.

2.3. A Fiscalização defende que a controladora remunerou executivos da Atuada entre 2012 a 2015, contratados por essa via, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com pagamento baseado em ações. Todavia tal fato não gerou dívida registrada pela Atuada em favor da sua controladora, fato que evidencia influência da controladora e que a forma de remuneração corrobora o fato de que o objetivo da administração não era o de produzir lucro, mas caixa suficiente para o pagamento de juros dos contratos de mútuo *intercompany*.

2.4. Informa ainda a autoridade lançadora que a Atuada teve um aumento de Patrimônio Líquido (PL), de R\$ 344,6 milhões em 2011 para R\$ 3,3 bilhões, e as dívidas oriundas dos contratos de mútuo se mantiveram bem próximas do limite de duas vezes o PL, de forma a evitar aplicação das regras de subcapitalização e que os contratos de mútuo são, em sua essência, ingressos de recursos por parte da controlada (direta ou indireta) sem data de devolução definitiva, que se referem a 26 contratos dos quais houve mais de 61 aditivos. Em resumo, que tais despesas fez com que a Atuada não auferisse lucros no período analisado. Outro aspecto relevante sobre os contratos de mútuo são os contratos subjacentes de penhor para garantia, onde a atuada nomeou a holding American Tower International (ATI) para que, na eventualidade de a Atuada não auferir lucro bruto com a locação de torres, a propriedade desses bens estará totalmente garantida para a controladora no exterior, em detrimento de outros credores no Brasil.

2.5. A Fiscalização entende haver uma infração subsidiária, que resultaria em indedutibilidade parcial dos juros, com base nas regras de subcapitalização. Nesse sentido,

informa que, dos 26 contratos, 25 foram firmados com empresas sediadas nos Países Baixos (AT Netherlands Coöperatief U.A. e ATC Brazil Coöperatief U.A. – atual ATC International Coöperatief U.A.), constituídos na forma de *holding company* e que essas empresas não tem substância econômica, como por exemplo: (i) fato de não possuir funcionários, (ii) que os investimentos efetuados se referem a deslocamento de recursos intragrupo, ou seja, não agrega valor, e (iii) não possuir instalações físicas, fato que caracterizaria Regime Fiscal Privilegiado, nos termos do art. 25 da Lei nº 10.249, de 2010, e do art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037, de 2010, fato que atrai regras específicas de subcapitalização. Nessa hipótese, pelas entidades credoras se enquadrarem em regime fiscal privilegiado, o limite de endividamento não poderia ultrapassar 30% do PL, fato que, com base no art. 7º da IN RFB nº 1.154, de 2011, resultaria em despesas indedutíveis no valor de R\$ 487.463.600,65.

2.6. Em relação à glosa de amortização de ágio, o TVF analisou os ágios relativos às aquisições das empresas Sitesharing NE S.A., Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e empresas do Grupo BR Towers.

2.6.1. A aquisição da Sitesharing se deu por meio de negócio jurídico simulado, caracterizado pela aquisição das ações da companhia proprietária dos ativos do negócio de torres. A operação obedeceu passos previamente combinados de modo que os ativos foram transferidos para uma das pessoas físicas que era acionista da empresa objeto, de tal forma que o valor da venda das ações foi destinado à pessoa física ao invés da pessoa jurídica, reduzindo dessa forma a tributação sobre ganho de capital. Que uma das pessoas físicas recebeu R\$ 100 milhões pela suposta intermediação no negócio e a Autuada, ao incorporar a Sitesharing, criou uma situação artificial para possibilitar a amortização fiscal do ágio. Concluiu a autoridade fiscal, que as condutas se caracterizam como simulação e conluio, nos termos do art. 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Simulação ao se transferir a titularidade das ações da empresa objeto para pessoa física (alienante formal) e ao se configurar a operação como compra e venda de ações ao invés de uma compra e venda das torres de telecomunicações. Conluio para ocultar o verdadeiro objeto do contrato.

2.6.2. Aquisição da Nextel Torres e Equipamentos, que pertencia a Nextel Telecomunicações Ltda, foi precedida de contrato firmado em agosto de 2013. Em 05.12.2013 foi efetuado o aumento do capital social (de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00) da empresa objeto, mediante integralização pela então sócia via subscrição de bens. Em 06.12.2013 foi

celebrado um segundo contrato entre a empresa objeto e sua então única sócia, que teve como objeto o arrendamento das torres de telecomunicações. Na mesma data, formalizou-se a saída da então sócia, Nextel Telecomunicações Ltda e o ingresso da Autuada, 24 dias depois, a Autuada incorporou a empresa recém adquirida. Sobre essa operação, a Fiscalização argumentou que nunca houve interesse em realizar investimento societário, mas que se criou uma situação artificial que visava permitir o enquadramento numa das hipóteses de amortização fiscal do ágio criado na operação, pois a operação se destinou à aquisição de ativos e o contrato de compra e venda foi uma simulação dos atos efetivamente praticados. Argumentou ainda a autoridade fiscal que a simulação do negócio jurídico teve o intuito de reduzir tributo, caracterizada como fraude nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e que, ainda, houve conluio entre as partes, art. 73 da Lei nº 4.502, de 1964, pois restou evidente a pactuação de cláusulas contratuais que visavam ocultar o negócio jurídico efetivamente realizado (aquisição dos ativos).

2.6.3. Aquisição das empresas do Grupo BR Towers se deu através de contrato de compra de ações entre os sócios da empresa objeto e a Autuada, que formalizou a compra das empresas BRT Holding¹ S.A.; BRT Holding² S.A.; BR Towers S.A., com pagamentos em 19.11.2014. No caso dessas empresas, diferente das operações anteriores, a Fiscalização entendeu que o real adquirente foi a empresa controladora da Autuada no exterior, por essa razão, entendeu pela glosa da amortização de ágio em 2016 no valor de R\$ 138.536.080,90. Nessa operação, o ágio contabilizado nas três incorporações, com fundamentação em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art. 385, § 2º, II, do então Regulamento do Imposto sobre a Renda, Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99).

2.7. Houve qualificação da multa porque o endividamento teve como objetivo remunerar os sócios por intermédio de remessa de juros decorrentes de contratos de mútuo, com datas de vencimento incertas, promovendo enorme distorção nos resultados e que os seus dirigentes tinham relação de subordinação com a empresa controladora no exterior, de tal forma que tinham remuneração atrelada à geração de caixa para o pagamento de juros. Além disso, as amortizações de ágio decorrem de aquisições efetivamente efetuadas pela controladora da Autuada, fato evidenciado pela existência de contrato de penhor atípico, que concede poderes que ultrapassam a simples garantia de dívida.

2.8. Foi responsabilizada solidariamente ATC SOUTH AMERICA HOLDING LLC, CNPJ nº 05.716.036/0001-90, sociedade estrangeira, por meio do seu procurador no país, com

base no art. 124, I, do Código Tributário Nacional (CTN), empresa que formalmente liga a Autuada ao grupo econômico e, principalmente, porque essa companhia teve papel fundamental nas decisões relativas aos mútuos de suas controladas e a Autuada, bem como nas operações de aquisições de empresas de torres.

3. Em impugnação (fls. 2.810/3.006), o sujeito passivo faz extensa explanação sobre o mercado em que atua, sobre as infrações alegou, em preliminar a nulidade do auto de infração (i) por afrontar liberdade de gestão na esfera privada, (ii) pela alteração de critério jurídico em relação aos PAF nº 16561.720096/2018-48, em que se discute os ágios e parte das despesas com juros, e PAF nº 10880.729908/2017-41, que trata dos limites de juros e das regras de subcapitalização, onde as despesas com juros, oriundas dos mesmos contratos, foram consideradas necessárias, (iii) por erro de cálculo no limite de subcapitalização, (iv) por vício de fundamentação. Quanto ao mérito, alegou serem necessárias as despesas com juros, pois, do contrário deveria ter sido demonstrado extrapolação dos limites autorizados nas regras de preço de transferência e de subcapitalização ou de que os recursos arrecadados tiveram fins alheios as suas atividades; que não houve indicação de dispositivo legal infringido em relação ao contrato de penhor; que efetuou recolhimento do IRRF sobre os juros pagos; que é irrelevante as conclusões sobre remuneração dos dirigentes e que a forma de remuneração por ações se dê com base na empresa do grupo listada no exterior e que o lucro não é o único objetivo da sociedade e que o EBITDA é um indicador financeiro amplamente utilizado; que as empresas credoras têm substância; que o ágio gerado com a aquisição da Sitesharing NE teve como fundamento expectativa de rentabilidade futura e que o ganho de capital do vendedor foi tributado pela pessoa física alienante e que foi o vendedor que segregou as atividades em uma determinada sociedade por ele vendida; que o ágio oriundo da aquisição da Nextel Torres teve como fundamento expectativa de rentabilidade futura e que o ganho de capital apurado pela alienante foi tributado; sobre os ágios em decorrência da aquisição das empresas do grupo BR Towers, informou que, como nas demais aquisições, os recursos necessários foram oriundos de empresas vinculadas no exterior e o ativo fiscal diferido teve como fundamento expectativa de rentabilidade futura. Sobre a multa qualificada, defende não haver espaço para sua aplicação porque todos os atos praticados foram feitos nos estritos termos da lei e consoante vontade das partes e que a multa fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999). Sobre a multa isolada, alega não ser possível sua cumulação com a multa de ofício, conforme Súmula CARF nº 105.

3.1. A Responsável Solidária, ATC South América Holding LLC, apresentou impugnação (fls. 2.700/2.739) em que, em preliminar, defende a nulidade do Termo de Responsabilidade Solidária em razão (i) de não ter participado do processo de fiscalização, (ii) inexistência de clara descrição dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade, visto que o ato se baseou no fato de ser sócia controladora da Autuada, (iii) erro em relação ao crédito atribuído como de sua responsabilidade, pois não participou de alguns contratos de mútuo (entre a Autuada e Coöperatief U.A.) e que em relação aos ágios, o próprio TVF afirma que a responsável pela negociação foi a ATC Corp, terceira empresa do grupo. Com relação ao mérito do ato de responsabilização, aduz não se aplicável o art. 124, I, do CTN, pois não tem interesse comum na situação correspondente ao fato gerador, isto é, não teve relação direta e pessoal com a situação que constitui o fato gerador. Em relação às infrações, os argumentos foram semelhantes aqueles apresentados pela Autuada.

4. A DRJ negou provimento à impugnação (fls. 4.934/5.011). Entendeu por afastar as nulidades arguidas. Sobre o mérito, fazendo menção ao Acórdão nº 16-88.055, proferido no PAF nº 16561.720096/2018-48, concluiu que as despesas com juros não são necessárias, posto que incorridas por ato de mera liberalidade; que não se aplicam as regras de subcapitalização pois é requisito que tais despesas seja necessárias (art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964); que mesmo que se considerassem como necessárias as despesas com juros sobre mútuos, o limite de endividamento máximo de 30% (art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010) teria sido ultrapassado; que não há erro de cálculo em relação à infração subsidiária. Quanto às amortizações de ágio, novamente faz menção ao Acórdão nº 16-88.055, entendeu que o ágio da aquisição da Sitiesharing NE se refere efetivamente a aquisição de ativos e de que a real adquirente é terceira pessoa e que as consequências do contencioso administrativo sob a ótica do alienante, em nada interferem as conclusões deste processo; que a glosa de ágio referente à aquisição da Nextel Torres deve ser mantida pois o verdadeiro adquirente era a controladora do grupo e que a Autuada serviu apenas como passagem dos recursos ao alienante; sobre o ágio oriundo da aquisição das empresas do Grupo BR Towers, por igualmente a Autuada servir apenas como passagem de recursos. Entendeu a DRJ por manter as multas qualificada e isolada e a responsabilidade solidária da ATC South America Holding LLC. A referida decisão restou assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITO.

A dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, somente está autorizada quando se verificar a "confusão patrimonial" entre a sociedade adquirida e sua real adquirente, sendo esta última aquela que efetivamente negociou com o alienante, decidiu adquirir o investimento e suportou o ônus do pagamento do preço com ágio.

DESPESAS FINANCEIRAS. DESPESAS DESNECESSÁRIAS.

Cabível a glosa das despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos junto a empresas do mesmo grupo empresarial situadas no exterior em contexto que revela, ante a existência de outras opções menos onerosas, que o encargo foi incorrido por mera liberalidade, caracterizando a desnecessidade da despesa.

MULTA QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

Cabível a imposição de multa qualificada de 150% quando demonstrada a falta de recolhimento do tributo mediante conduta dolosa.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.
MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTOS.
MATERIALIDADES DISTINTAS.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. DESLOCAMENTO DA BASE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM.
PARECER NORMATIVO COSIT/RFB Nº 4/2018.

Nas operações estruturadas em sequência e no deslocamento da base tributária (decorrente da utilização de pessoas jurídicas distintas com o propósito de transferir receitas ou despesas entre uma e outra), há desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a desfigurar ou manipular o fato jurídico tributário, configurando o interesse comum a ensejar a responsabilização solidária.

5. A Autuada e a Responsável Solidária apresentaram Recurso Voluntário.

5.1. Em seu extenso Recurso Voluntário, a Autuada (fls. 5.064/5.275) apresenta introito sobre o mercado de infraestrutura passiva de telefonia móvel e transmissão de dados para concluir que o modelo de negócio da Recorrente demandava o endividamento e as aquisições de terceiras empresas, que resultou no ágio amortizado, e que não procede a alegação de não seria a real adquirente pelo fato de ter celebrado contrato de mútuo com empresas ligadas; em preliminar, alega nulidade do auto de infração por ausência de capitulação legal objetiva, nos termos no art. 10, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF); nulidade em razão de ingerência da autoridade fiscal na liberdade da esfera privada aos questionar a estrutura financeira adota pela Recorrente; nulidade em razão de alteração de critério jurídico, pois os juros, considerados despesas necessárias, foram objeto de questionamento sobre regras de subcapitalização no PAF nº 10.880.729908/2017-41, nos termos dos art. 24 e art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010; nulidade em razão de erro de cálculo do limite de dedutibilidade dos juros pagos, em especial em razão de que as credoras (ATC International e a AT Netherlands) não exercerem atividade econômica substantiva, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, que prevê que os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal, e por não ter sido excluída a variação cambial e considerado os aportes de capital durante o ano-calendário 2016; quanto ao mérito, sobre a acusação principal de que as despesas com juros não seriam necessárias, pois os mútuos, garantidos por contrato de penhor, serviram para reduzir artificialmente o lucro e os ativos pertenciam empresa no exterior, aduz que as despesas são necessárias e sua dedutibilidade está condicionada aos requisitos do art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, regra especial que se sobrepõe a regra geral do art. 299 do então RIR/99, que não condiciona a dedutibilidade aos critérios da normalidade e usualidade; que descabe as autoridades lançadora e julgadora de primeira instância fazer juízo de valor sobre operações não vedadas pelo ordenamento; que os valores expressivos dos contratos de mútuo são compatíveis com os investimentos adquiridos e que produziram benefícios econômicos e não comprometeram a capacidade operacional da

Recorrente; que a dedutibilidade dos juros deve ser aferida a partir do que é feito com os recursos captados, que viabilizaram o aumento da receita operacional líquida em quase 600% entre os anos de 2011 a 2016; que as aquisições se deram numa estrutura de compra alavancada, através da utilização de recursos de terceiros; que o contrato de penhor celebrado com os credores visava atribuir garantia e que, pela sua característica mercantil, não houve transferência de propriedade ou de posse e que os poderes outorgados às credoras não alteram a real relação de propriedade dos bens com a Recorrente; que a autoridade lançadora entendeu equivocadamente que a credora (ATI) pudesse dispor dos bens penhorados a qualquer momentos, independentemente de inadimplemento contratual ou notificação prévia, afinal, em suas palavras, *se os bens empenhados pertencessem às credoras no exterior, não haveria razão alguma para instituição dos contratos de penhor*; que a forma de remuneração dos administradores por meio de ações de emissão da ATC Corp, controladora do Grupo American Tower, com sede nos Estados Unidos da América, é prática usual que de alguma forma seja vinculada às ações da empresa listada no exterior, dado que essas apresentam valor de mercado ativo e maior liquidez, fato que não significa que os administradores eram subordinados à ATC Corp, pois mantinham contrato, regido pela CLT, com a Recorrente e a utilização do EBITDA é um indicador financeiro amplamente utilizado para aferição da saúde financeira das empresas; que se procedente o lançamento, deveria ser compensados o IRRF sobre os juros; com relação à acusação subsidiária, que o regime fiscal privilegiado previsto na legislação brasileiro é aplicável somente àquelas empresas que não desempenham qualquer atividade econômica substantiva e que se admite a existência de substância econômica de holdings puras, que se dedicam a manter investimentos em outras empresas; que a ATC International e a AT Netherlands desempenham atividade substantiva de holding financeiras, conforme declarações prestadas à Administração dos Países Baixos e que não deve prevalecer o argumento de que tais companhias não agregavam valor ao grupo por não realizar negócios com terceiros ou de que essas empresas são meros “canais de passagem”; que as empresas utilizavam escritórios, antes terceirizados e depois próprios; que a ATC International e a AT Netherlands são tipo societário da cooperativa holandesa, cuja gestão é delegada a um conselho de membros, que exerce funções típicas de um conselho de administração e da diretoria de uma sociedade anônima; faz alusão a empregados das referidas companhias; em resumo, que o art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, não é aplicável ao presente caso; em relação as glosas de despesas com ágio, aduz de forma específica sobre cada uma das aquisições: (i) aquisição da Sitesharing NE: alega que a negociação com o controlador

indireto contemplou uma efetiva combinação de negócios e não uma aquisição de ativos; que a Recorrente não teve qualquer participação nos atos de reorganização societária preliminares a aquisição, que se deu diretamente da pessoa física que passou a deter a totalidade do capital da empresa; que a autoridade lançadora desconsiderou cláusulas que referem a natureza de participação societária, que tratam de indenização da Recorrente por eventuais contingências e demandas trabalhistas, previdenciárias, fiscais, cíveis e ambientais; que para fazer frente a essa aquisição, a sócia da Recorrente, ATC South América aportou recursos por meio de aumento de capital no valor total de R\$ 302.840.375,00 e a empresa vinculada ATI emprestou, via mútuos, o valor total de R\$ 553.689.500,00; que a empresa Sitiesharing NE era uma sociedade real, existente e operacional; que a autoridade fiscal ao alegar se tratar de uma compra de ativos não faz um questionamento formal e detalhado do Laudo de Avaliação Econômico-Financeiro; que foi o vendedor (pessoa física e parte independente) que segregou as atividades em uma determinada sociedade que posteriormente foi vendida; que o CARF (PAF nº 16561.720079/2015-68), ao analisar o negócio sob a perspectiva do vendedor pessoa física entendeu não ter havido simulação; (ii) aquisição da Nextel Torres: alega que o contrato de compra e venda tinha dois objetos distintos, o primeiro é aquisição de 100% das quotas da Nextel Torres e o segundo é a aquisição de torres de telecomunicações da Nextel Telecomunicações Ltda, mas a autoridade lançadora interpretou isoladamente e de forma equivocada do contrato de aquisição da Nextel Torres, que o objeto dissimulado seria a aquisição dos ativos e não das quotas; que é incorreta a afirmação da autoridade fiscal de que houve fraude e simulação com o único intuito de gerar ágio amortizável; que não se está falando de uma simples compra de ativos, pois sequer houve análise de quais seriam de fato as dificuldades práticas ou impedimentos para os ativos fossem vendidos separadamente além do fato de que, do ponto de vista operacional, *é necessário apenas ter em mente que a transferência de ativo (...) por meio de uma operação societária intragrupo é algo muito mais simples do ponto de vista operacional e, em verdade, algo mais factível do que a venda de quase dois mil sites diretamente*; que é equivocado o entendimento da autoridade lançadora ao concluir que a aquisição foi realizada no exterior e que a Recorrente não seria a real adquirente; que o fato de os Grupos Nextel e American Tower no exterior terem noticiado a operação não altera o fato de que a real adquirente é a Recorrente; que para possibilitar o negócio, as sócias da Recorrente aportaram capital no valor de R\$ 455.879.000,00 e contrato de mútuo com a ATC International no valor de R\$ 357.401.200,00; que a Recorrente pagou ágio no valor de R\$ 437.589.027,46

fundamentado em expectativa de rentabilidade futura; que a operação foi analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que aprovou a operação descrita como aquisição pela American Tower de cem por cento das quotas da Nextel Torres; (iii) aquisição da empresas do Grupo BR Towers: que, com base nas informações prestadas no formulário 10-K, enviado à *Securities and Exchange Commission* (SEC) e em *press release* publicado pela ATC Corp não fazem referência à aquisição pela Recorrente e na origem dos recursos a acusação é de que o real adquirente não seria a Recorrente, mas a ATC Corp; que a comunicação à SEC decorre do fato de ser a ATC Corp a única empresa aberta no Grupo American Tower, mas que isso não significa que ela seja a adquirente; que foram vendidas ações das empresas operacionais do grupo BR Towers ao preço de R\$ 1.436.700.008,00 e que para tanto o capital da Recorrente foi aumentado em R\$ 2 bilhões, dos quais R\$ 21.017.280,00 foram integralizados imediatamente pela ATC South America, R\$ 755.911.426,00 integralizado em 2014 e o restante em cinco anos, além de mútuos no valor total de R\$ 830.580.000,00; que o preço do investimento foi incorrido pela Recorrente, sociedade que figura como compradora no contrato de compra de ações; que nessa operação foi originado ágio no valor de R\$ 1.065.603.421,01; que o CADE considerou a operação como transações entre partes brasileiras, ou seja, em nenhum momento o órgão considerou que o real adquirente teria sido a ATC Corp; que a Recorrente foi a real adquirente das participações societárias e o fato de os recursos financeiros virem do exterior devidamente registrados no Banco Central não altera a condição de real adquirente; que interposta pessoa é alguém que figura de maneira enganosa, artificial e mentirosa, agindo apenas formalmente em nome própria e que a Recorrente não se enquadra nesse conceito, por ser pessoa jurídica operacional com mais de dez anos; que a personalidade jurídica da empresa não se confunde com a dos seus sócios e, a prevalecer a alegação da autoridade fiscal todas as subsidiárias brasileiras de grupos multinacionais agiram sempre como interpostas pessoas no Brasil; que a Recorrente é a real adquirente em razão de ter figurado como adquirente nos contratos, que as participações societárias foram transferidas à Recorrente, que figurava no quadro acionário das empresas adquiridas como titular da participação societária; que era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam o poder de deliberação e de eleger a maioria dos administradores das companhias; que as operações foram autorizadas pelo CADE e as atividades operacionais das empresas adquiridas foram integradas às atividades da Recorrente; cita jurisprudência do CARF sobre real adquirente; que as aquisições foram de empresas e não de ativos isolados; que se considerado que as aquisições se referem a ativos isolados, deveria a autoridade ter individualizado cada um

dos ativos e passivos adquiridos e ter assegurado o direito a amortização/depreciação; que cumpriu todos os requisitos para amortização do ágio, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, a saber (i) aquisição de participação societária com pagamento de ágio, (ii) avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial, nos termos do artigo 248 da Lei nº 6.404, de 1976, (iii) fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas; e (iv) incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e as sociedades adquiridas; que ainda que o conceito de empresa-veículo fosse aplicável, a amortização fiscal do ágio seria legítima; que o ganho de capital foi tributado pelos vendedores. Sobre a multa qualificada, alega ter inexistido sonegação, fraude ou conluio e que CSRF identificou e reafirmou que operações supostamente tidas como artificiais por ausência de propósito negociais, mesmo que inoponíveis ao Fisco, não podem ser tidas, de forma automática, como sonegação, fraude ou conluio; que a dedutibilidade das despesas com juros possuem respaldo no art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, e art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, e as amortizações com ágio nos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou seja, poderia se falar em erro de proibição, jamais arguir simulação, fraude ou dolo; que o art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964, veda aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte; que a multa aplicada ofende o princípio da proporcionalidade. Sobre a multa isolada, que descabe sua exigência concomitante com a multa isolada após o encerramento do ano-calendário; que a Súmula CARF nº 105 não impõe vedação temporal à vedação da concomitância das multas; que a impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada decorre do chamado princípio penal da consunção e, como já consolidado na jurisprudência, quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira. Que os argumentos trazidos quanto ao IRPJ são aplicáveis à CSLL para fins de improcedência dessa exigência. Que descabe a responsabilização solidária da ATC South America com base no art. 124, I, do CTN. Conclui, em pedido preliminar, pela nulidade dos autos de infração; no mérito, pela legitimidade das despesas com juros ou, se mantido em parte ou toda a exigência, que seja deduzido o valor do IRRF sobre os juros pagos; pela legitimidade na amortização do ágio; pelo afastamento da multa qualificada e isolada e, na remota hipótese de a exigência ser mantida, na exclusão da responsável solidária.

5.2. A Responsável Solidária, ATC South América Holding LLC, chamada ao polo passivo com base no art. 124, I, do CTN, apresentou Recurso Voluntário (fls. 5.428/5.460) em que alega que a responsabilidade solidária da Recorrente foi fundamentada no Parecer Normativo COSIT/RFB nº 04, de 2018, que trata da solidariedade entre empresas do mesmo grupo econômico diante de atos ilícitos, tal como o “abuso de personalidade jurídica”, “operações estruturadas em sequência” e “as que tem por objetivo o descolamento da base tributável; que o r. Acórdão entendeu que a Recorrente, na qualidade de controladora da autuada principal seria a responsável por implementar o planejamento tributário abusivo via endividamento excessivo e formação artificial do ágio; alega em preliminar nulidade do Termo de Responsabilidade Solidária em razão da inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade e que o ato se fundou em mera presunção, pois a autoridade fiscal não indicou quais atos foram praticados e qual o interesse comum; que a própria autoridade fiscal reconheceu que de um total de 26 contratos vigentes no ano-calendário 2016, 92% deles sequer exigiam qualquer aprovação da Recorrente; alega que em caso de dúvida quanto aos fatos e à prática de infrações, a regra de interpretação deve ser a mais favorável ao sujeito passivo (art. 112 do CTN); que há erro no valor do crédito atribuído à Recorrente, pois à ela foi atribuída responsabilidade sobre todo o crédito, quando a própria autoridade informa no TVF que a Recorrente não participou de 92% dos contratos de mútuo; que mesmo em relação à amortização do ágio, a autoridade fiscal alega que a responsável pela negociação e pela aquisição dos investimentos foi a ATC Corp; que não há vínculo de causalidade entre o que a autoridade alega ter sido efetuado pela Recorrente e a dimensão do crédito tributário; quanto ao mérito, alega que o PN Cosit nº 4, de 2018, sobre o qual se fundamentou a r. decisão, tem premissa distinta do caso concreto, naquele a motivação é de responsabilização quando há confusão patrimonial, ato ilícito contrário às regras societárias e atos ou omissões da pessoa que concorre para a prática e no caso concreto não se verifica essas condições; que não se configuram as hipóteses do art. 124, I, do CTN, em especial interesse comum, isto é, ter uma relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador; que a Recorrente não tem qualquer relação com os fatos geradores; que é um completo absurdo assumir que a Recorrente participaria de um planejamento tributário abusivo, simulando financiamentos e compra de empresas, tão somente para que possa se beneficiar de uma compensação de prejuízos fiscais; defende que só pode ocorrer responsabilização solidária quando o Fisco demonstra a vontade consciente do agente de realizar a conduta ilícita de redução de tributo. Requer ao final o reconhecimento da nulidade do

Termo de Responsabilização Solidária e, alternativamente, o afastamento da Recorrente do polo passivo da relação tributária por não configurada hipótese do no art. 124, I, do CTN.

6. A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 6.172/6.257) onde aduz, resumidamente, que não se verificam as nulidades arguidas em preliminar pela Recorrente, seja por não haver ofensa ao art. 59 do PAF ou por ausência de violação do art. 146 do CTN, pois, em relação, às despesas com juros, fatos observados posteriormente ao ano-calendário 2012 (PAF nº 10880.729908/2017-4, que aplicou regras de subcapitalização) foram determinantes para a formação do entendimento da Fiscalização de que as despesas não eram necessárias; igualmente pugna por não haver o alegado erro de cálculo na acusação subsidiária, referente à subcapitalização, em especial o argumento da Recorrente de que a variação cambial não deve ser incluída no cálculo para fins de determinação dos limites de subcapitalização; por fim, ainda sobre as preliminares, que o chamamento ao polo passivo da responsável tributária tem natureza meritória. Sobre o mérito, defende a Fazenda Nacional que as despesas são desnecessárias, pois o fato de as despesas estarem nos limites estabelecidos pela regra de subcapitalização não afasta a possibilidade de glosa com base nos critérios gerais do art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964; que as despesas com juros foram alocadas na Recorrente em virtude de uma escolha, de uma liberalidade, do Grupo American Tower; de que o real adquirente dos investimentos em Sitesharing NE S/A, na Nextel Torres e na BR Towers foi a American Tower Corporation, que é a figura central do grupo econômico, responsável por captar recursos e distribuí-los a suas subsidiárias para aquisição de investimentos, isto é, de que o endividamento foi registrado na American Tower Brasil (Autuada) para atender aos interesses do *trust* American Tower Corporation; que a opção pelo endividamento em detrimento do aumento de capital mostrou-se vantajosa para a controladora indireta ao garantir um fluxo contínuo de recursos para o investidor residente no exterior em detrimento da atividade operacional no País; que está correto o entendimento da Fiscalização de que no caso ocorreu um endividamento artificial, no qual as datas de vencimento estabelecidas entre partes dependentes são renovadas sucessivamente e sem a mínima perspectiva de amortização da obrigação principal, que denota não se tratar de despesas normais e usuais; que, subsidiariamente, deve ser mantida a glosa parcial das despesas por descumprimento do art. 25 da Lei nº 12.249, 2010; que as credoras dos 25 dos 26 contratos são holdings, sem instalações dedicadas ao exercício da atividade econômica e a inexistência de funcionários qualificados, à época da assinatura dos contratos; que as referidas holdings sediadas nos Países Baixos, se limitam à intermediação de recursos dentro do

próprio grupo econômico, sem quaisquer evidências de negociação de taxas de juros com partes independentes, de modo que, impossibilitadas de obter rendas derivadas de ativos próprios, não agregam valor ao grupo econômico; que a ausência de atividade econômica substantiva no país de domicílio constitui um dos requisitos legais para caracterização de regime fiscal privilegiado (art. 24-A da Lei nº 9.430, de 1996) e que o ateste dessa materialidade não se traduz em qualquer ingerência sobre a validade ou eficácia da lei estrangeira. Com relação às amortizações de ágio, que o ativo passível de amortização deve ser registrado pela parte que o suporta; que o ágio passível de amortização é aquele que tenha fundamento em resultados futuros da sociedade adquirida; que para existir ágio passível de amortizável é necessário que o ágio tenha origem em um propósito negocial (aquisição de investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial), pois somente registros escriturais não ensejam o nascimento dessa figura econômica e contábil. Em específico, sobre o ágio Sitesharing: defende que o objeto do negócio foi a aquisição de sites de telecomunicações, fato que se observa pela sequência de operações societárias até a formalização da sociedade Sitesharing NE, que concentrou os ativos de interesse a Recorrente e pelos valores de aumento de capital, que se referem exatamente aos valores dos bens vertidos, ou seja, era indiferente para a compradora qual seria a empresa adquirida na transação, mas o bens adquiridos; que a Sitesharing NE figurou de maneira artificial como mero receptáculo para os ativos que interessavam ao Grupo American Tower; que inexistiu confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido, pois o papel de investidora na aquisição da Sitesharing NE é desempenhado pela American Tower Corporation, residente no exterior, que desempenha função de *Real Estate Investment Trust* (REIT), estrutura que opera via captação de recursos, aquisição de ativos destinados a render aluguéis, conforme registro junto à *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC); que há evidente conexão entre os ingressos de capital e a necessidade de caixa para efetuar os pagamentos para adquirir a Sitesharing NE, não havendo dúvidas de que os recursos para a aquisição advieram da controladora do Grupo American Tower e que a Recorrente não tinha condições financeiras para figurar como adquirente; que na operação tem-se duas empresas veículos, a vendedora e a adquirente; que a qualificação dos fatos e interpretação dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, pela Fiscalização e pela DRJ estão em consonância com a jurisprudência da CSRF (Acórdãos nº 9101-003.561 e nº 9101-002.301). Sobre o ágio Nextel, tal qual no caso anterior, estão presentes os dois motivos para glosa do ágio utilizados pela Fiscalização, o primeiro de que o verdadeiro objeto do negócio foi a alienação dos sites de telecomunicações, conforme contrato celebrado

onde os ativos de interesse foram direcionados para nova empresa objeto, via integralização de capital no dia anterior a alienação, e de que a nova empresa não exercesse qualquer atividade comercial, e o segundo, que a real adquirente foi a American Tower Corporation, com base na análise conjunta dos fatos, onde o Grupo Nextel anunciou ao mercado a venda das 1.940 torres ao Grupo American Tower e o Grupo ATC divulgou *press release*, arquivado na SEC, onde confirma que a operação se deu entre os dois grupos econômicos; que há duas versões sobre o negócio jurídico, a primeira ao mercado e uma segunda para dar amparo à amortização de ágio; que a Recorrente não possuía recursos para adquirir os ativos; não houve confusão patrimonial entre a empresa objeto e a real adquirente. Por sua vez, em relação ao ágio oriundo da BR Tower, que houve descumprimento do requisito confusão patrimonial, visto que o real adquirente, assim como nos casos anteriores, foi a American Tower Corporation e a incorporação se deu pela autuada, inclusive com reporte da operação à SEC efetuada pela empresa estrangeira. Com relação à multa qualificada, de que houve uma simulação orquestrada pelo contribuinte, em conluio com outras empresas para que o ágio fosse artificialmente passível de dedução; houve simulação quanto ao verdadeiro objeto do negócio e a real adquirente; que a análise da operação sob a perspectiva de um filme, é possível visualizar a aquisição acordada pela real adquirente e posteriormente, via sequência de operações artificiais, a estruturação para que o ágio fosse passível de amortização, isto é, a autuada em conluio com as vendedoras, simulou hipótese de subsunção ao art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Que é possível a cumulação de multa de ofício com a multa isolada pelo não pagamento das estimativas, que não ocorre *bin in idem* pelo fato de ser utilizada uma mesma base de cálculo como medida de quantificação, pois tratam-se de infrações distintas, uma pela falta de recolhimento de tributo e outra pelo descumprimento da sistemática de recolhimento da estimativa mensal, ou seja, uma infração se caracteriza após a consumação do fato gerador do tributo, em 31 de dezembro, e outra em razão da obrigação legal de recolher mensalmente a estimativa, por força do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996. Sobre a responsabilidade tributária, que a ATC South America Holding LLC é a real investidora, de forma direta, e a American Tower Corporation, a real investidora indireta; que o conceito jurídico de interesse comum, previsto no art. 124, I, do CTN é indeterminado, competindo ao aplicador da norma identificar, no caso concreto, verificar a existência dessas condições; que a responsabilização se aplica aos sujeitos que figuram no mesmo polo da relação jurídica tributária e a terceiros que tenha interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação tributária, nessa linha, deve ser responsabilizado aquele

que pratica atos mediante fraude, dolo ou simulação, em conjunto ou com consentimento do contribuinte, com o fim de alterar características essenciais do fato gerador ou impedir o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária; que, no caso, o controlador possui interesse econômico no planejamento abusivo; que se há responsabilização do sócio de fato (Acórdão nº 3401-003.809), com mais razão deve haver responsabilização do sócio formal.

7. Em 5.5.2023, a Recorrente comparece novamente o processo para juntar tradução juramentada de documentos anteriormente anexados aos autos (fls. 5.465/6.168), referente às empresas credoras ATC International e a AT Netherlands, entre outros: (i) extrato da Junta Comercial nº 53390393 e 51410206, respectivamente; (ii) contratos de administração e prestação de serviço por terceira entidade à ATC International; (iii) faturas de prestação de serviços profissionais, dos quais se destacam “emitir autenticação de assinaturas com declaração de autoridade, datada de 7 de março de 2017, referente à ATC Brazil Cooperatief U.A. e providenciar a legalização do documento no Consulado Brasileiro”, conforme fatura nº 215510032459, de 28.04.2016; (iv) contrato de prestação de serviços, datado de 22.07.2016, destinado a comissionar serviços jurídicos, de RH, folha de pagamento e recrutamento; (v) proposta de locação de escritórios de 20.04.2016; (vi) contrato de prestação de serviço de escritório de 01.06.2016 e fatura de 03.06.2016; (vii) contrato de aluguel de escritório de 220,45m², com vigência entre 01.12.2016 e 30.11.2021; (viii) cópia de e.mail interno da Americam Tower reportando passos para instalação do escritório em Amsterdam; (ix) cópias de orçamento e faturas para montagem de escritório e equipamentos, de 12.10.2016 e 21.12.2016; (x) contrato de alocação de custo de funcionários entre ATC International, AT Netherlands, ATC Nigeria, AT Sher Netherlands, ATC Colombia BV, GTP Latam Holdings Cooperatieve U.A e GTP LATAM Holdings B.V, na qual a ATC International é reembolsada na proporção da alocação de serviços prestados às demais entidades; (xi) comprovante de remuneração mensal devida ao funcionário W.H, Hess, entre 13.06.2016 a 31.12.2016, para C.J. Lindner, entre 21.10.2016 a 31.12.2016, para S. Gagestein, entre 05.10.2016 a 31.12.2016, para T.A.M. Lebecque, entre 01.08.2016 a 31.12.2016; (xii) declarações do Inspetor do Escritório de Administração das Autoridades Tributárias de Arnhem, Países Baixos, em que declaram que ATC International e AT Netherlands estavam domiciliadas, durante o ano de 2016, 2017 e 2018, nos Países Baixos e, portanto, está sujeita ao “vennootschapsbelasting” nos Países Baixos, conforme mencionado no art. 2, parágrafo 4, do “Wet op de Vennootschapsbelasting 1969” (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica Holandês) e em conformidade com o art. 4º do Tratado

para Prevenção de Dupla Tributação entre o Reino dos Países Baixos e a República Federativa do Brasil; (xiii) memorando de empresa de auditoria independente para Americam Tower Corporation fazendo referencia sobre o atendimento dos requisitos sobre sustância da legislação holandesa pela ATC International e a AT Netherlands; (xiv) demonstrativos financeiros e relatório do imposto de renda da ATC International e da AT Netherlands no ano de 2016.

8. Em petição de 23.11.2023 (fls. 6.298/6.305), a Recorrente retorna ao processo onde faz considerações sobre a Lei nº 14.689, de 2023, que reduziu o percentual da multa qualificada para 100% e sobre a necessidade de cancelamento da sanção por inexistência conduta dolosa individualizada.

9. Em nova petição, datada de 04.04.2023, a Recorrente comparece novamente ao processo para noticiar a prolação do Acórdão nº 109-020.504, da 12ª Turma da DRJ09, onde foram analisados os mesmos fatos relativos aos anos-calendário 2017 e 2018. Nessa decisão, aquele colegiado decidiu, por maioria, em exonerar o crédito tributário relativo a glosa das despesas com amortização de ágio e as despesas com amortização de juros em razão da sua desqualificação como operação de empréstimo, decidiu ainda por manter a glosa com despesas de juros pagos a controlador sediado em país com regime fiscal privilegiado. Sobre as demais matérias, aquela Turma ainda decidiu, de forma unânime, por cancelar a qualificação da multa de ofício e por manter a concomitância das multas isolada e de ofício, bem assim os juros incidentes sobre a multa. A referida decisão possui a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

DECLASSIFICAÇÃO NEGÓCIO SOCIETÁRIO. ÁGIO. REQUISITO.

A desclassificação pelo Fisco de negócio jurídico deve ser precedida de demonstração que não possui aderência fática por não ter racionalidade econômica; o negócio jurídico apontado como ocorrido deve ter racionalidade econômica.

ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. REAL ADQUIRENTE.

Considera-se real adquirente para fins de dedução do ágio a controlada brasileira de empresa no exterior que seja operacional e que tem estratégia empresarial consistente adquirindo outras empresas do mesmo ramo de forma sistêmica e cujos recursos provieram de aumento de seu passivo com controladoras no exterior e que sejam coerentes com os respectivos aumentos de ativo.

JUROS. GRUPO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE.

É legítimo que a investidora no exterior pudesse optar entre adquirir diretamente a participação em sociedade brasileira ou então aportar recursos em uma subsidiária

brasileira para que esta adquirisse a participação desejada, podendo deduzir os respectivos juros.

HOLDING COMPANY. PAÍSES BAIXOS. ATIVIDADE ECONÔMICA SUBSTANTIVA.

Reputam-se como beneficiárias de Regime Fiscal Privilegiado as empresas do tipo holding company com registro nos Países Baixos cujas atividades são geridas/decididas por controlador em outro país.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando tudo é descrito e fundamentado exaustivamente e a contribuinte se defende adequadamente.

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 CTN. INOCORRÊNCIA.

A regra estabelecida no art. 146 do CTN não abarca fatos geradores ulteriores, ainda não lançados, mesmo que referentes à mesma operação societária.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. VINCULAÇÃO AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

Aplicam-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento principal (Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito.

MULTA QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. REQUISITOS.

A multa de ofício qualificada incide somente quando estiver individualizada e comprovada a conduta dolosa de simulação, fraude ou conluio.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO.

Não há impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL concomitantemente com a multa de ofício.

10. É o relatório.

Voto

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Relator.

Conhecimento

11. A Recorrente principal foi cientificada da decisão de primeira instância em 13.03.2023, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fls. 5.020) e a Responsável Solidária, em 21.03.2023, conforme Aviso de Recebimento (fls. 5.022). Os Recursos Voluntários

foram juntados aos autos em 11.04.2023 e 19.04.2023, respectivamente, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 5.024/5.025 e 5.322/5.323), são tempestivos e, por preencherem os demais pressupostos processuais, devem ser conhecidos.

I – Recurso Voluntário da Recorrente Principal

Preliminar de nulidade do lançamento

12. A Recorrente argui, em preliminar, quatro nulidades em relação ao lançamento. A primeira em razão de ausência de capitulação legal objetiva, nos termos no art. 10, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF). A Segunda, em razão de ingerência da autoridade fiscal na liberdade da esfera privada aos questionar a estrutura financeira adota pela Recorrente. A terceira, porque entende ter havido alteração de critério jurídico, pois os juros foram considerados despesas necessárias ao serem aplicadas regras de subcapitalização no PAF nº 10.880.729908/2017-41, nos termos dos art. 24 e art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010. A quarta nulidade diz respeito a erro de cálculo do limite de dedutibilidade dos juros pagos, em especial porque as credoras (ATC International e a AT Netherlands) exercerem atividade econômica substantiva, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, que prevê que os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal, e por não ter sido excluída a variação cambial e considerado os aportes de capital durante o ano-calendário 2016. As hipóteses de nulidade no processo administrativo fiscal estão descritas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

13. No caso, não se verifica qualquer despacho ou decisão proferido com preterição do direito de defesa. Em relação à primeira nulidade, não se verifica qualquer vício de fundamentação. O TVF é claro e objetivo, inclusive transcrevendo excertos da legislação, fato que sequer é requisito do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF), pelo contrário, a compreensão por parte da ora Recorrente das acusações que lhe foram

imputadas estão perfeitamente identificadas, fato que lhe permitiu apresentar uma extensa e, por vezes, repetitiva peça recursal.

14. Com relação à alegação de mudança de critério jurídico sobre a interpretação dada às despesas com juros, que no PAF nº 10.880.729908/2017-41 foram objeto de aplicação das regras de subcapitalização e, por conseguinte, consideradas necessárias e neste processo consideradas como desnecessárias na acusação principal¹, importante ressaltar que no caso inocorreu hipótese do art. 146 do CTN².

16. O que se constata no presente processo, em comparação com o lançamento efetuado naquele, é que novos fatos e a contextualização desses fatos fez com que a autoridade lançadora concluísse estar diante de despesas artificialmente produzidas, que resultaram em prejuízos contábeis sistemáticos entre os anos-calendário 2011 a 2016, afastando qualquer incidência do IRPJ e da CSLL, fato inclusive objeto de ressalva em parecer de auditores independentes. Além disso, houve acréscimo de 5,2 vezes dos mútuos com partes relacionadas, passando de R\$ 1 bilhão em 2011 para R\$ 5,2 bilhões em 2018, isto é, uma arbitragem dentro do grupo econômico destinada a deslocar resultados entre empresas, no caso, para jurisdição que mais interessasse aos controladores da Recorrente e que, desde 2013, não há amortização dos mútuos contraídos. Conforme consignado pela autoridade fiscal, a situação da empresa em 2018 era de total impossibilidade de honrar os compromissos relativos ao principal da dívida assumidos com seus credores visto que ao não apresentar resultados positivos desde 2011, não teve condições de acumular recursos para fazer frente ao pagamento dessas dívidas.

17. Diferentemente do alegado pela Recorrente, não há nova interpretação ou aplicação de diverso critério jurídico, mas novos fatos que foram considerados de forma sistemática e que resultaram em qualificação distinta daquele que os fatos isoladamente considerados (empréstimos junto à empresa ligada) produziram, diga-se de passagem, a partir da roupagem dada para esses fatos pela própria Recorrente.

¹ Há uma acusação subsidiária no TVF que submete essas despesas a regras de subcapitalização, isto é, as considera como despesas necessárias.

² Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

18. Invocar vício ou nulidade em razão de a Administração Tributária ter requalificado fatos em relação a anterior procedimento, cuja valoração dos fatos se deu a partir da roupagem dada pelo sujeito passivo, é dar azo a dois equívocos de interpretação. O primeiro de que o Fisco seja *ad eternum* vinculado à qualificação atribuída pelo sujeito passivo, ainda que posteriormente novos fatos revelem circunstância não conhecida. Em segundo, a se confirmar a infração de despesas não necessárias e na eventualidade delas serem objeto de glosa, que o ato torpe dolosamente praticado contra o Fisco possa irradiar efeitos não desejados pela legislação, que veda apenas a mudança de critério jurídico em relação aos mesmos fatos.

19. Com relação à ingerência da autoridade fiscal na liberdade da esfera privada aos questionar a estrutura financeira adota, ressalte-se que isso não é causa de nulidade. O fato de a autoridade lançadora fazer considerações sobre outras alternativas econômicas e suas respectivas repercussões tributárias, *vis a vis* aquela adotada pelo contribuinte é não apenas possível como necessária para fins de consideração econômica dos fatos provados no processo. Não se deve perder de vista que o direito tributário tem íntima vinculação com o direito econômico e empresarial e sim, quando determinada operação se reveste (ou apresenta indícios) de não ter propósito sob a ótica desses ramos do direito ou não ficam evidenciadas as razões extratributárias para a estruturação dos negócios como formalmente apresentados, mas se verificam, tão somente, uma redução ou eliminação artificial da base impositiva, é dever da autoridade fiscal indicar as consequências dos atos formalmente praticados e daqueles, que produziram o resultado obtido ao final do conjunto de operações.

20. De qualquer forma, esse aspecto, questionamento da operação financeira adotada e seus reflexos para fins tributários, relativo à infração principal, bem como o alegado erro de cálculo do limite de dedutibilidade dos juros pagos, em especial porque as credoras exerciam atividade econômica substantiva, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, vinculado à infração subsidiária, confundem-se com o mérito e serão o objeto de análise em tópico específico.

21. Dessa forma, pelo explanado, não se verifica qualquer ofensa ao art. 59 do PAF, motivo pela qual devem ser rejeitadas as arguições de nulidade.

Mérito

22. O mérito do presente processo versa sobre três questões principais: (i) despesas de juros consideradas não necessárias ou, de forma subsidiária, admitindo-as como necessárias, (ii) dedução de despesas com juros em patamares superiores às regras de subcapitalização e (iii) amortização de ágio.

a) Despesas de juros consideradas não necessárias

23. Entendeu a autoridade fiscal considerar na acusação principal que as despesas com juros são indedutíveis, pois foram efetuados com o objetivo de impedir que a companhia auferisse lucro, fato inclusive reconhecido em relatórios de auditorias independentes de 2012, 2013, 2016, 2017 e 2018. Sob sua ótica, ao quintuplicar o passivo financeiro com empresas ligadas entre 2011 e 2018 (de R\$ 1 bilhão para R\$ 5 bilhões), a autuada foi usada por seus sócios para, por intermédio dos contratos simulados de empréstimos, que dissimularam a verdadeira natureza de capital investido, de forma que os sócios eram remunerados via juros transferidos para o exterior e no país tais valores eram registrados como despesas. A fim de alinhar propósitos, os executivos da Autuada eram remunerados, entre outros, com pagamento baseado em ações de empresa estrangeira, de tal forma que o objetivo da autuada dentro do grupo econômico não era o de gerar lucros, mas fluxo de caixa suficiente para o pagamento de juros dos contratos de mútuo *intercompany*. Além disso, buscando se enquadrar nas regras de subcapitalização (limite de duas vezes o PL), o grupo procedeu aumento do capital da autuada de R\$ 344,6 milhões para R\$ 3,3 bilhões. Por fim, para evitar risco ao grupo, os bens adquiridos (torres de transmissão de dados) foram penhorados para holding American Tower International (ATI).

23. A Recorrente alega que as despesas são necessárias e sua dedutibilidade está condicionada aos requisitos do art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, regra especial que se sobrepõe a regra geral do art. 299 do então RIR/99, que não condiciona a dedutibilidade aos critérios da normalidade e usualidade. Que descabe as autoridades lançadora e julgadora de primeira instância fazer juízo de valor sobre operações não vedadas pelo ordenamento. Que os valores expressivos dos contratos de mútuo, representam compra alavancada e são compatíveis com os investimentos adquiridos, que produziram benefícios econômicos, não comprometeram a capacidade operacional da Recorrente, pois viabilizaram o aumento da receita operacional líquida em quase 600% entre os anos de 2011 a 2016. Que o contrato de penhor tem como objeto garantir a dívida contratada e não houve transferência da propriedade ou da posse e que os

poderes outorgados às credoras não alteram a real relação de propriedade dos bens com a Recorrente. Sobre a forma de incentivo remuneratório aos administradores, via ações emitidas ATC Corp, controladora do Grupo American Tower, com sede nos Estados Unidos da América, que é prática usual a vinculação às ações da empresa listada no exterior, dado que essas apresentam valor de mercado ativo e maior liquidez, todavia, tal fato que não significa que os administradores eram subordinados à ATC Corp.

24. A autoridade julgadora de primeira instância considerou que as despesas não são necessárias. Faz referência a decisão de primeira instância de caso idêntico relativo a autuada, mas referente aos anos-calendário 2012 a 2015, onde as conclusões são de que as despesas não se coadunam com as atividades normais da pessoa jurídica, nos termos do art. 299 do então RIR/99, pois partiu da premissa de que a real adquirente é a controladora no exterior, ou seja, de que não há lógica econômica no negócio, onde a controladora decide comprar ativos, remete recursos a subsidiária brasileira que paga o preço e, ato contínuo, passa a auferir vultosas receitas financeiras ao passo que a subsidiária amarga pesados prejuízos. Conclui, sobre esse ponto, não ser possível aplicar a regra de subcapitalização (regra mais específica), pois o primeiro requisito para dedutibilidade é a necessidade da despesa, nos termos do art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964.

25. Não restam dúvidas que a situação se encontra em uma zona cinzenta sobre operações de empréstimos entre companhias.

26. Não se trata aqui de juízo de valor ou, nas palavras da Recorrente, sobre ingerência na liberdade da esfera privada ao questionar a estrutura financeira adota, mas da oponibilidade dessa estrutura a terceiros, entre os quais o Fisco, ou seja, a essência é de determinar se essa opção negocial, com efeito direto no resultado pode ser aceita, trata-se de efeitos eminentemente tributários.

27. Pesa a favor da Recorrente um conjunto robusto de argumentos. O uso de uma estrutura de empréstimos em detrimento de integralização de capital é uma opção válida. Os recursos ingressaram no país e foram utilizados para aquisição de ativos, isso é incontroverso no processo. Não houve empréstimos, conjugado com os valores de integralização de capital, em valores superiores aos necessários para aquisição dos ativos, que seguiram sobre gestão da Recorrente.

28. Os casos de planejamento tributário abusivo são caracterizados pela existência de duas premissas. A primeira pela existência de alguma patologia de direito (ato ilícito), como por exemplo a simulação e o abuso de direito e a segunda a inexistência de um propósito negocial, uma razão extratributária ou, para aqueles que pugnam que essa expressão não se encontra positivada no ordenamento jurídico, que o negócio seja compatível sobre a perspectiva da causa que motivou a celebração do negócio.

29. A importante doutrina desenvolvida pelo Prof. Marco Aurélio Greco, estabelece uma segregação didática sobre três fases para análise do planejamento tributário. Após a edição do Código Civil e dos princípios aplicados ao direito civil, como boa-fé, em consonância com os princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da justiça, o referido doutrinador define essa segunda fase do planejamento tributário, como liberdade relativa. Destaca-se esse novo enfoque de análise:

Embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo aos requisitos da licitude dos meios, previedade em relação ao fato gerador, inexistência de simulação sem distorções ou agressões ao ordenamento), sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto e incontestável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado³.

30. Nessa segunda fase do planejamento tributário, a análise passa a se preocupar se o direito foi exercido tal qual originalmente previsto no ordenamento. Prof. Marco Aurélio Greco, explica que essa análise tem amparo no abuso de direito, oriundo do direito civil, “categoria construída para inibir práticas que, embora possam encontrar-se no âmbito da licitude, implicam, no seu resultado, uma distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes”⁴.

31. Nessas situações, o ato abusivo sempre será inoponível ao Fisco.

32. Depois da edição do atual Código Civil em 2002, o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito e a sua existência faz desaparecer um dos requisitos

³ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

do planejamento tributário, o de estar sustentado em atos lícitos, nesses casos, não se está mais diante de um caso de elisão, mas de evasão.

33. Nessa fase do planejamento tributário, a causa do negócio é fator preponderante, isto é, o negócio deve-se apoiar em situações reais e não exclusivamente fiscais. Se a causa for exclusivamente pagar menos tributos, será abusiva.

(...) os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato⁵.

34. Importante destacar que a **requalificação dos atos ou negócios não pode ser efetuada pelo Fisco sob o argumento exclusivo da abusividade, caberá ao Fisco o ônus de provar que a finalidade do negócio foi exclusivamente fiscal para que se justifique a requalificação.**

35. Pois bem, na maioria das vezes as duas perspectivas (inexistência de patologia e propósito negocial ou causa) estão entrelaçadas para fins de análise da abusividade e oponibilidade.

36. Reitera-se que os recursos oriundos do mútuo, juntamente com os recursos integralizados no capital da Recorrente foram utilizados integralmente para a aquisição dos ativos objeto do negócio, isto é, sites e torres de transmissão de dados que são por ela locados.

37. O fato de a subsidiária brasileira (Recorrente) atuar sob as diretrizes ou até mesmo sob a gestão estrita da sua controladora ou holding do grupo não desnatura sua natureza de estabelecimento permanente no Brasil. Atuar em estrita observância às diretrizes da sua controladora ou holding é absolutamente uma conduta esperada de uma subsidiária, ou seja, o fato de receber os recursos conforme estabelecido pelo grupo e aplica-los nos exatos termos em que definido é ato normal de gestão.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 203.

38. Diferente são as situações em que os empréstimos são desnecessários, como por exemplo em situações em que o financiamento intragrupo se destina a adquirir participação societária que já pertence ao grupo econômico.

39. No caso presente, os recursos combinados (mútuos e capital) foram destinados a comprar bens que integraram (e ainda integram) o ativo da Recorrente e são responsáveis pelas suas receitas operacionais. Há nítido propósito negocial na operação, razão pela qual, embora a opção da Recorrente esteja em uma zona cinzenta, pois ela poderia ter optado por outros modelos de financiamento, que resultariam em maior lucro líquido para a Recorrente, não se verifica ilegalidade ou ato abusivo desprovido de causa lícita.

40. Dessa forma, a opção de buscar empréstimos para combinação de recursos destinados à aquisição de ativos operacionais é válida e seus efeitos fiscais devem ser analisados, não sob a perspectiva da necessidade, mas da dedutibilidade, no caso, se observam os limites estabelecidos em norma específica, no caso, a Lei nº 12.249, de 2010.

b) Dedutibilidade das despesas de juros

41. Perspectiva distinta é a análise das despesas sob o aspecto da dedutibilidade da despesas, denominada pela autoridade fiscal como infração subsidiária, resultante da indedutibilidade parcial dos juros, com base nas regras de subcapitalização, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, e do art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037, de 2010, fato que atrai regras específicas de subcapitalização, em razão de as entidades credoras se enquadrarem em regime fiscal privilegiado.

42. Consta no TVF que, dos 26 contratos, 25 foram firmados com empresas sediadas nos Países Baixos (AT Netherlands Coöperatief U.A. e ATC Brazil Coöperatief U.A. – atual ATC International Coöperatief U.A.), constituídos na forma de *holding company* e que essas empresas não têm substância econômica, como por exemplo: (i) fato de não possuir funcionários, (ii) que os investimentos efetuados se referem a deslocamento de recursos intragrupo, ou seja, não agrega valor, e (iii) não possuir instalações físicas.

43. Nessa hipótese, no entendimento da autoridade fiscal, as entidades credoras se enquadram sob regime fiscal privilegiado e, por essa razão, o limite de endividamento não

poderia ultrapassar 30% do PL, com base no art. 7º da IN RFB nº 1.154, de 2011, fato que resultaria em despesas indedutíveis no valor de R\$ 487.463.600,65.

44. A Recorrente defende a existência de substância econômica de holdings puras, que se dedicam a manter investimentos em outras empresas. Que a ATC International e a AT Netherlands desempenham atividade substantiva de holding financeiras, conforme declarações prestadas à Administração dos Países Baixos e que não deve prevalecer o argumento de que tais companhias não agregavam valor ao grupo por não realizar negócios com terceiros ou de que essas empresas são meros canais de passagem. Que tais empresas utilizavam escritórios, antes terceirizados e depois próprios. Que ambas companhias, ATC International e AT Netherlands, são tipo societário da cooperativa holandesa, cuja gestão é delegada a um conselho de membros, que exerce funções típicas de um conselho de administração e de diretoria de uma sociedade anônima; que possui empregados. Em resumo, pugna não ser aplicável o art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, pois as credoras vinculadas atendem os requisitos sobre substância previstos na legislação holandesa, fato que atrairia a aplicação do art. 24 da mesma lei.

45. Em contrarrazões, a PFN fazendo referência ao TVF enfatiza os elementos caracterizadores da ausência de substância econômica das credoras localizadas nos Países Baixos, como ausência de empregados qualificados e de instalações físicas para o desenvolvimento das tarefas, e de que essas companhias se limitam à intermediação de recursos dentro do próprio grupo, sem qualquer evidências de captação de recursos e negociação de taxas de juros com partes independentes, de modo que não obtêm rendas derivadas de ativos próprios e, por conseguinte, não agregam valor ao grupo econômico. Que a constatação e caracterização de regime fiscal privilegiado, nos termos do art. 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, é ato que se enquadra nas competências da autoridade fiscal brasileira, pois inerente à materialidade do ato de lançamento, sem que isso implique qualquer ingerência sobre a validade ou eficácia da lei estrangeira. Aduz ainda a PFN, que a Recorrente ratifica a conclusão da autoridade fiscal, uma vez que reconhece a falta de estrutura operacional das empresas credoras no ano-calendário 2016, seja pela ausência de funcionários, que a fazia recorrer a serviços de terceiros, seja pela ausência de instalações físicas, pois o escritório passou a ser utilizado de forma definitiva em 2017 pela ATC International e pela AT Netherlands, esta última via contrato de compartilhamento de custos (item 463 do Recurso Voluntário).

46. Preliminarmente, cumpre observar que a análise sobre ATC International e AT Netherlands restringe-se a comprovação de que essas entidades realizam atividade econômica substantiva nos Países Baixos, nomeadamente no momento em que celebrados os contratos de mútuo e, sem com isso, são enquadradas como regime fiscal privilegiado pela legislação brasileira.

47. Essa diferenciação é fundamental, pois não se enquadrando no conceito de regime fiscal privilegiado, o limite para fins de endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, é de duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica, em sentido contrário, esse limite é reduzido para 30%.

48. A motivação legal para diferenciação dos limites é razoável, visto que se não verificado regime fiscal privilegiado, em tese a despesa com juros apropriada no Brasil é tributada como juros ativos na outra jurisdição. Por outro lado, nos casos de regime fiscal privilegiado, tem-se uma dedução de juros pela empresa residente e uma não tributação ou uma subtributação pelo recebimento dos juros no exterior.

49. O propósito visado pela lei de subcapitalização, Lei nº 12.249, de 2010, é evitar a arbitragem de resultados, isto é, o deslocamento artificial dos resultados tributáveis para jurisdições que não tributem ou tributem renda em valores inferiores à alíquota de vinte por cento.

50. Conforme consta no TVF, dos 26 contratos vigentes em 2016, 25 foram firmados com as referidas empresas, tais empresas, constituídas sob tipo de uma cooperativa holandesa (em holandês: *coöperatie*), são, no ambiente fiscal holandês e europeu, comumente utilizadas para uma holding, uma característica dessas entidades é não possuir acionistas, mas membros associados. A opção por esse tipo societário, além de uma maior flexibilidade (não se exige capital mínimo), há o benefício fiscal de, em certas circunstâncias, nenhum imposto incidir sobre a distribuição de lucros.

51. Após intimação, os documentos produzidos pelas empresas credoras foram produzidos por procurador constituído pelos membros, que é pessoa estranha à administração, na verdade com vínculo com o escritório que presta serviços terceirizados para outra empresa. As

duas credoras têm o mesmo endereço, na Prins Bernhardplein 200, 1097 JB Amsterdã, Holanda. Ambas sociedades são de tipo cooperativa com responsabilidade excluída em relação aos seus membros, caracterizada pelas letras “U.A.” (*coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid*).

52. Outro aspecto relevante é o fato de que a Recorrente, quando intimada a apresentar contratos de funcionários que atuassem nas empresas credoras, apresentou documento rasurado com o propósito de omitir informação sobre o destinatário do documento sobre a contratação de um advogado sênior. A Fiscalização, após eliminar as marcações destinadas a ocultar o real destinatário da comunicação interna, identificou que o documento era dirigido a Chad Lindner, no qual a controladora do grupo econômico, American Tower Corporation, ofertou a uma cessão de longo prazo junto às subsidiárias no escritório em Amsterdã, Holanda, a partir de outubro de 2016, onde ocuparia o cargo de advogado sênior e no qual se reportaria à Ruth Dowling, vice-presidente sênior jurídico, que exercia suas funções em Boston, nos Estados Unidos da América, com vínculo junto à controladora do grupo, American Tower Corporation, no entendimento da Fiscalização, Chad Lindner foi contratado pela matriz americana (vide item 9.8 do TVF).

53. Em relação ao contrato do vice-presidente executivo de operações internacionais e presidente para a América Latina, Europa, Oriente Médio e África, igualmente a Recorrente apresentou documento rasurado para impossibilitar a quem o referido documento era dirigido. O documento, dirigido a Willian Hess, informa que ele continuará a executar suas funções de trabalho atuais e a cumprir as responsabilidades para o cargo referido, continuando subordinado ao CEO (*Chief Executive Officer* da American Tower Corporation). No entendimento da Fiscalização, Willian Hess nunca foi funcionário da ATC International, apenas compunha o conselho das duas empresas, na qualidade de Membro A, assinando os contratos dos mútuos dessas empresas com a Recorrente (vide item 9.9 do TVF).

54. Na mesma linha, o contrato do assistente executivo e gestor de escritório, a Recorrente omitiu informações sobre o destinatário do documento de contratação, que a Fiscalização logrou identificar ser Saskia Gagestein, que se declara em site de perfis profissionais⁶ como empregada da controladora do grupo, American Tower Company, desde outubro de 2016. A funcionária se reporta ao diretor vice-presidente Willian Hess e entre suas

⁶ <https://www.linkedin.com/in/saskiagagestein>

atribuições está de se relacionar com os executivos e funcionários dos escritórios dos Estados Unidos da América, de Dusseldorf, na Alemanha, e em Miami, nos EUA. O contrato de trabalho é assinado por Willian Hess e Edwin Denekamp, à época membros A e B designados pelos sócios da ATC International. No entender da Fiscalização, a funcionária deveria se reportar à Willian Hess, que não era funcionário da ATC International, apenas membro designado pelo sócio e vinculado à American Tower Corporation, logo ela não poderia ser considerada funcionária da credora, além do fato de que os vínculos profissionais da funcionária são de assistente ao Diretor Vice-Presidente de Operações Internacionais e uma pequena equipe de executivos da ATC COR internacional e não têm qualquer correlação com a captação de recursos e investimentos realizados pela ATC International (vide item 9.10 do TVF).

55. Os membros de uma cooperativa holandesa com responsabilidade excluída não são considerados funcionários, conforme de depreende das demonstrações financeiras da ATC International.

56. Consta nas demonstrações financeiras, na parte relativa a atividades e resultados, que a ATC International contratou dois funcionários em 2016 e não possuía funcionários no ano anterior, fato discrepante das informação prestadas pela Recorrente, de que a referida credora possuía três funcionários: Willian Hess, Chad Lindner e Saskia Gagestein (vide item 9.18 do TVF). O quadro abaixo, extraído das notas explicativas, evidencia esse fato pela inexistência de gastos com salários em 2015:

Depreciação de ativos imobilizados tangíveis (16)	2016 USD	2015 USD
Veículos a motor	7.494	-
Total	7.494	-
Custos gerais (17)		
Custos administrativos	133.467	72.285
Custos jurídicos	508	-
Despesas operacionais LRA	(361.955)	(42.287)
Honorários do conselheiro fiscal	12.322	14.763
Outras despesas gerais	49	-
Taxas de administração	3.603	3.578
Taxas do escritório	70.080	-
Tarifas bancárias	1.775	1.661
Outras despesas operacionais	2.018	-
Salários	106.767	-
Outras despesas de pessoal	19.413	-
Materiais de escritório	1.633	-
Seguro de carros	2.320	-
"Handling fee" (não traduzido)	58.000	58.000
Total	50.000	108.000

57. Com relação às instalações físicas utilizadas pelas duas empresas credoras ATC International Coöperatief U.A e AT Netherlands Coöperatief U.A, ambas tinham como domicílio declarado o mesmo local, *Prins Bernhardplein* 200, 1097 JB Amsterdã, Países Baixos, mas que a Recorrente não logrou comprovar documentalmente a posse legítima desse imóvel para o período anterior a 01.06.2016.

58. A Recorrente apresentou contratos de locação a partir de 01.06.2016, o primeiro como escritório temporário (em *Kingsfordweg*) e outro, a partir de 01.12.2016 (em *De Ruyterkade*). O primeiro endereço, entre 01.06.2016 a 30.11.2016, referente a um centro comercial, tem o contrato de locação assinado por Sonja Grage, que trabalhou para a American Tower entre outubro de 2015 e abril de 2019, em um escritório localizado na Alemanha. O objeto do contrato são os escritórios nº 2 e 12, que possuem capacidade para acomodar 5 pessoas. O segundo endereço, contrato de locação de cinco anos a partir de 01.12.2016, refere-se a imóvel com 220,4m². Conforme demonstrações financeiras, as duas empresas passaram a ter suas sedes neste último endereço (vide item 9.16 do TVF).

59. Os contratos de mútuo foram assinados em período anterior a 01.06.2016, isto é, quando as credoras tinham como endereço declarado que a Recorrente não logrou comprovar documentalmente a posse legítima desse imóvel.

60. Nas demonstrações financeiras da ATC International Coöperatief U.A, verifica-se que não há operações captação de recursos com terceiros independentes, toda a captação de recursos é oriunda dos sócios ou de empresas do grupo e 99,8% dos ativos são aplicados em empresas do Grupo American Tower, fato que evidencia de forma clara a ausência de substância econômica da referida entidade credora. O resultado com juros (receitas e despesas) evidencia que os valores apenas transitam contabilmente pela empresa, excluído essas operações, o papel da empresa resta esvaziado (vide item 9.18 do TVF).

61. Ao analisar as demonstrações financeiras da AT Netherlands Coöperatief U.A., credora de um dos 26 contratos de mútuo, tem as mesmas pessoas designadas como membros conselheiros e mesmo endereço da ATC International Coöperatief U.A.. A totalidade dos recursos captados para fins de empréstimos é oriunda dos sócios ou de empresas do grupo e são destinados para empresas vinculadas. Assim como no caso anterior, as receitas e despesas de juros ocorrem exclusivamente intragrupo e, além delas só existem custos gerais e, eventualmente

impostos, fato que evidencia que a empresa não agrega valor ao grupo econômico a que pertence, suas operações são exclusivamente escriturais, sem substância econômica (vide item 9.19 do TVF).

62. A inexistência de capacidade operacional para exercer a atividade holding financeira era evidente, pois na época da formalização dos contratos de mútuo (discriminados no item 7.15 do TVF) sequer foi provado que a credoras efetivamente exerciam atividade no endereço indicado com sede de ambas e não possuíam funcionários que desempenhassem atividades de intermediação financeira.

63. Em resumo, resta evidente que as duas empresas credoras não exerciam atividade econômica substantiva, pois não possuíam funcionários, sede física para realização dos seus negócios à época da celebração dos contratos, suas operações eram eminentemente escriturais e não realizavam operações com partes independentes. As referidas entidades operavam no Reino dos Países Baixos em regime fiscal privilegiado, nos termos do art. 24-A da Lei nº 9.430, de 1996⁷.

⁷ Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

64. A IN RFB nº 1.037, de 2010⁸, esclarece que as entidades com tipo e objeto societário das mutuantes localizadas no Reino dos Países Baixos são, para fins de aplicação da legislação tributária federal, regimes fiscais privilegiados.

65. Em razão de serem entidades vinculadas à Recorrente, conforme definição do art. 23, III e V, da Lei nº 9.430, de 1996⁹, pois devedora e credoras estão sob controle societário comum e por ter restado comprovado as operações praticadas pelas entidades credoras se enquadram no conceito de regime fiscal privilegiado na época de celebração dos contratos de mútuo (que são causa das despesas com juros no ano-calendário 2016), os limites para dedução de juros são aqueles estabelecidos no art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010¹⁰, isto é, o limite de

⁸ Art. 2º São regimes fiscais privilegiados:

[...]

IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1045, de 23 de junho de 2010)

[...]

⁹ Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

[...]

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

[...]

V- a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pela menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

[...]

¹⁰ Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total do endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

endividamento, para fins de dedutibilidade, é de 30% do valor do patrimônio líquido da pessoa residente no Brasil.

66. A Recorrente, incluiu em preliminar, ter havido erro em relação aos valores identificados como acima do limite com despesas com juros. Faz alusão sobre a média ponderada entre o endividamento e do patrimônio líquido, por não ter sido excluída a variação cambial e os aportes de capital durante o ano-calendário 2016.

67. Aduz que o art. 7º da IN RFB nº 1.154, de 2011, prevê que o limite do endividamento será determinado a partir da média ponderada mensal e que o patrimônio líquido é aquele constante no último balanço da pessoa jurídica até o mês anterior à apropriação dos juros e não faz menção expressa para inclusão da variação cambial.

68. Os seguintes dispositivos da IN RFB nº 1.154, de 2011, versam sobre o momento em que deve ser verificado eventual excesso:

Art. 7º Os valores do endividamento, a que se referem os arts. 2º e 5º, **serão apurados pela média ponderada mensal**, que será calculada pelo somatório do endividamento diário, dividido pelo número de dias do mês correspondente.

§ 1º **Para fins de aplicação dos limites a que se referem os arts. 2º e 5º, deverá ser considerado o valor do patrimônio líquido constante no último balanço.**

§ 2º **Opcionalmente, poderá ser utilizado o valor do patrimônio líquido considerando-se os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros.**

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for residente ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

§ 3º Verificando-se excesso em relação ao limite fixado no caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 4º Os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o balanço patrimonial e a apuração dos resultados deverão estar transcritos no Livro Diário.

§ 4º Para efeito de cálculo do valor de endividamento, deverá ser adicionado ao valor do principal, o montante dos valores dos juros incorridos e não pagos até o último dia útil do mês do cálculo do endividamento.

§ 5º O valor referente ao custo ou à despesa de juros que exceder a quaisquer dos limites a que se referem os arts. 2º e 5º, apurado na forma deste artigo será considerado não necessário à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, e não dedutível para fins do Imposto sobre a Renda e da CSLL.

§ 6º Os valores mensais de que trata o caput serão somados em cada período de apuração, trimestral ou anual, e divididos pelo correspondente número de meses.

§ 7º Na hipótese de início de atividades no curso do ano-calendário, e de incorporação, fusão, cisão total ou extinção por dissolução ou liquidação, o cálculo a que se refere o § 5º deve considerar o número de meses compreendido até o evento ou a partir do evento.

§ 8º Para fins de cálculo do limite de endividamento, deverão considerar o novo patrimônio líquido a partir do evento:

I - no caso de cisão, a empresa cindida e a empresa que tiver recebido parte do patrimônio;

II - no caso de incorporação, a empresa incorporadora;

III - no caso de fusão, a empresa resultante da fusão.

Art. 8º O valor de excesso das despesas de juros, consideradas indedutíveis na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da base de cálculo da CSLL, de que trata o § 5º do art. 7º, será calculado mensalmente de acordo com as seguintes fórmulas:

I - $A = (B/C) \times D$, onde:

a) "A" = corresponde ao valor do custo ou da despesa de juros a ser considerado dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

b) "B" = corresponde ao limite máximo de endividamento permitido na forma dos arts. 2º ou 5º;

c) "C" = corresponde ao endividamento da pessoa jurídica domiciliada no Brasil na forma dos arts. 2º ou 5º;

d) "D" = corresponde ao total do custo ou da despesa registrado no período de apropriação dos juros correspondentes às hipóteses de que tratam os arts. 2º e 5º;

II - $E = D - A$, onde:

a) "E" = valor do custo ou da despesa de juros a ser considerado indedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

b) "D" = corresponde ao total do custo ou da despesa registrado no período de apropriação dos juros correspondentes às hipóteses de que tratam os arts. 2º e 5º;

c) "A" = corresponde ao valor do custo ou da despesa de juros a ser considerado dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, apurado na forma do inciso I do caput.

§ 1º O valor do ajuste, calculado na forma do inciso II do caput, será adicionado ao Lucro Real e à Base de Cálculo da CSLL, na parte A do Lalur, ao final do período de apuração, trimestral ou anual, conforme prescrevem os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.430, de 1996.

§ 2º A indedutibilidade do excesso da despesa de juros a que se refere o caput aplica-se também na hipótese de levantamento de balancete de suspensão e redução, previsto no art. 230 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, ficando sujeita a verificação definitiva da indedutibilidade dos juros no encerramento do período. (g.n.)

69. O art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, determina que a verificação do limite de endividamento, no percentual de 30% do patrimônio líquido e que a proporcionalização dos valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido, serão apuradas pela média mensal (§ 3º).

70 O cálculo das médias ponderadas mensais e anuais estão discriminadas no TVF, item 10.6.22:

Data	Saldo diários (credores)							Endividamento com vinculações holandesas	Saldo Médio Ponderado Mensal
	25080.876.0.10.0 - 25080.881.0.10.0 -		25085.876.0.10.0 - 25085.881.0.10.0 -		25090.881.0.10.0 - 25095.881.0.10.0 -		26230.0.0.10.0 -		
	N/P - Intercompany	N/P - Intercompany	N/P - Intercompany	N/P - Intercompany	Empréstimos - Interc	N/P - Intercompany	Imposto de Renda a Pagar - Exc. Contr. 1		
31/12/2015	226.478.400,00	4.520.547.452,93	8.379.700,80	167.029.238,62	1.162.091,70	110.999.999,99	31.159.589,50	5.065.756.473,54	
04/01/2016	226.478.400,00	4.520.547.452,93	8.379.700,80	137.238.303,01	1.162.091,70	110.999.999,99	25.902.365,56	5.030.708.313,99	
11/01/2016	226.478.400,00	4.520.547.452,93	8.379.700,80	128.647.875,92	1.162.091,70	110.999.999,99	24.386.407,84	5.020.601.929,18	
14/01/2021	226.478.400,00	4.520.547.452,93	(2.117.719,20)	128.647.875,92	1.162.091,70	110.999.999,99	22.530.283,31	5.008.248.384,65	
31/01/2016	234.482.400,00	4.527.394.359,36	1.641.376,80	166.687.874,45	2.041.251,42	110.999.999,99	30.117.975,35	5.073.365.237,37	5.022.161.328,47
16/02/2016	234.482.400,00	4.527.394.359,36	1.641.376,80	85.295.339,99	214.034,77	110.999.999,99	15.432.136,93	4.975.459.647,84	
29/02/2016	230.816.800,00	4.524.258.674,67	5.077.969,60	121.962.800,09	1.081.625,04	110.999.999,99	22.696.858,67	5.016.894.728,06	5.027.529.265,88
28/03/2016	230.816.800,00	4.524.258.674,67	5.077.969,60	95.447.514,47	555.215,32	110.999.999,99	17.924.794,78	4.985.080.968,83	
31/03/2016	206.416.200,00	4.503.385.533,11	7.637.399,40	130.686.987,80	1.434.375,04	110.999.999,99	24.683.147,37	4.985.243.642,71	5.012.794.974,42
04/04/2016	206.416.200,00	4.503.385.533,11	7.637.399,40	115.805.147,80	1.434.375,04	110.999.999,99	22.056.939,48	4.967.735.594,82	
14/04/2016	206.416.200,00	4.503.385.533,11	(1.526.310,60)	115.805.147,80	1.434.375,04	110.999.999,99	20.426.180,78	4.956.941.126,12	
30/04/2016	200.146.400,00	4.498.022.123,07	1.401.024,80	152.339.706,03	2.307.750,04	110.999.999,99	27.539.562,70	4.992.756.566,63	4.964.563.382,03
02/05/2016	200.146.400,00	4.498.022.123,07	1.401.024,80	86.415.240,25	208.250,05	110.999.999,99	15.535.333,45	4.912.728.371,61	
31/05/2016	208.515.800,00	4.505.181.605,67	4.587.347,60	124.518.358,76	1.087.409,77	110.999.999,99	23.044.126,51	4.977.934.648,30	4.917.413.354,57
24/06/2016	208.515.800,00	4.505.181.605,67	4.587.347,60	112.750.108,76	555.215,33	110.999.999,99	20.873.459,84	4.963.463.537,19	
30/06/2016	186.168.400,00	4.486.064.844,45	6.888.230,80	132.919.528,41	1.428.590,34	110.999.999,99	24.918.345,35	4.949.387.939,34	4.974.088.869,12
05/07/2016	186.168.400,00	4.486.064.844,45	6.888.230,80	118.037.687,61	1.428.590,34	110.999.999,99	22.292.138,15	4.931.879.891,34	
18/07/2016	186.168.400,00	4.486.064.844,45	(1.517.274,20)	118.037.687,61	1.428.590,34	110.999.999,99	20.783.711,66	4.921.965.959,85	
31/07/2016	187.862.000,00	4.487.513.610,16	1.315.034,00	155.473.949,67	2.307.750,06	110.999.999,99	28.076.015,61	4.973.548.359,49	4.931.325.683,30
01/08/2016	187.862.000,00	4.487.513.610,16	1.315.034,00	89.549.483,92	208.250,06	110.999.999,99	16.071.786,36	4.893.520.164,49	
31/08/2016	187.937.400,00	4.487.578.110,00	4.134.622,80	126.853.052,17	1.087.409,78	110.999.999,99	23.307.770,49	4.941.898.365,23	4.895.080.751,61
26/09/2016	187.937.400,00	4.487.578.110,00	4.134.622,80	115.084.802,17	555.215,34	110.999.999,99	21.137.103,82	4.927.427.254,12	
30/09/2016	188.279.600,00	4.487.870.840,06	6.966.345,20	137.307.127,56	1.428.590,34	110.999.999,99	25.713.877,84	4.958.566.380,99	4.940.524.484,28
03/10/2016	188.279.600,00	4.487.870.840,06	6.966.345,20	122.425.286,76	1.428.590,34	110.999.999,99	23.087.670,66	4.941.058.333,01	
17/10/2016	188.279.600,00	4.487.870.840,06	(1.421.150,80)	122.425.286,76	1.428.590,34	110.999.999,99	21.607.524,32	4.931.190.690,67	
31/10/2016	184.503.800,00	4.484.640.886,37	1.291.526,60	159.304.036,18	2.307.750,06	110.999.999,99	28.733.751,99	4.971.781.751,19	4.938.722.607,90
01/11/2016	184.503.800,00	4.484.640.886,37	1.291.526,60	93.379.570,36	208.250,10	110.999.999,99	16.729.522,74	4.891.753.556,16	
30/11/2016	197.008.600,00	4.495.337.937,29	4.334.189,20	131.924.483,00	1.081.625,10	110.999.999,99	24.277.026,45	4.964.963.861,03	4.894.193.899,66
27/12/2016	197.008.600,00	4.495.337.937,29	4.334.189,20	120.156.233,00	555.215,40	110.999.999,99	22.107.380,60	4.950.499.555,48	
31/12/2016	189.027.800,00	4.488.510.876,96	6.994.028,60	156.546.286,15	1.434.375,12	110.999.999,99	29.117.300,54	4.982.630.667,36	4.963.667.396,00
								Média Anual	4.956.840.499,77

71. A partir da média de endividamento foi comparada com o patrimônio líquido da Recorrente em 31.12.2015, conforme art. 7º, § 1º, da IN RFB nº 1.154, de 2011, isto é, aquele constante no último balanço.

72. O valor do PL ao final do ano-calendário era R\$ 2.660.962.025,01, assim, aplicando o limite percentual de 30%, tem-se que o limite para dedução de despesas com juros é de R\$ 798.288.607,50 e o valor do endividamento junto a entidades que se enquadram em regime fiscal privilegiado é de R\$ 4.956.840.499,77, o que resulta em um percentual de juros dedutíveis de 16,1% (art. 8º da IN RFB nº 1.141, de 2011).

73. O resultado da aplicação das regras de cálculo constantes no art. 8º da IN RFB nº 1.154, 2011, pode ser resumido na seguinte tabela, constante no TVF (item 10.6.6):

Tabela 26: Parcelas dedutíveis e indedutíveis das despesas de juros dos contratos n.ºs 2 a 26

B	30% do PL 2015	R\$ 798.288.607,50
C	Endividamento (Reg. Fiscal Priv.)	R\$ 4.956.840.499,77
B/C	Percentual de Juros Dedutíveis	16,10%
D	despesas de juros contratos n.ºs 2 a 26	R\$ 581.038.635,68
A	Despesas de Juros Dedutíveis [(B/C) x D]	R\$ 93.547.220,34
E	Despesas de Juros Indedutíveis (D - A)	R\$ 487.463.600,65

74. Por fim, não merece guarida o pleito de exclusão dos efeitos da variação cambial do valor a pagar para determinação do endividamento, sob o argumento de que o art. 7º da IN RFB nº 1.154, de 2011, não faz menção ao valor relativo à variação cambial.

75. O referido não faz menção à variação cambial porque essa variável já está inserida no próprio conceito legal dos juros que são objeto de análise para evitar a subcapitalização, pois tratam-se de empréstimos externos. Logo, os valores reconhecidos como despesas (apropriados na expressão da lei) necessariamente estão sensibilizados pela oscilação da moeda de referência, sendo, portanto, despidendo fazer expressa disposição à parcela que é inerente a própria operação sob controle específico sobre sua dedutibilidade.

76. Pelas razões expostas, absolutamente correta a forma de apuração dos excessos de despesas com juros, efetuado de forma mensal, conforme apropriação dos juros, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, e art. 7º e art. 8º da IN RFB nº 1.154, de 2011, no valor de R\$ 487.463.600,65.

c) Amortização de ágio

77. As amortizações de ágio, objeto de glosa, se referem a contabilização das aquisições das empresas Sitesharing NE S.A., Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e empresas do Grupo BR Towers.

78. A primeira razão para glosa da despesa com amortização de ágio são comuns nas três operações, de que a Recorrente seria apenas um instrumento de passagem para o investimento realizado pelo grupo econômico, via sua controladora direta ou indireta situadas no exterior, isto é, não seria a real adquirente, fato que impede a subsunção da regra prevista no art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, isto é, a confusão dos patrimônios da investidora e investida.

79. A segunda razão para glosa da amortização de ágio em relação às duas primeiras operações, Sitesharing NE S.A. e Nextel Torres e Equipamentos Ltda, conforme se extrai da detalhada descrição dos fatos de cada uma das operações constante no TVF, é de que o ágio decorreu da avaliação dos ativos adquiridos, sites e torres de transmissão de dados, que foram isolados em determinada pessoa jurídica, empresa objeto, posteriormente incorporada, isto é o ágio teve como fundamento o inciso I do § 2º do art. 385 do então RIR/99, e não sobre expectativa de rentabilidade futura (art. 385, § 2º, II, do então RIR/99).

80. Em relação à essa segunda motivação para glosa, destaca-se os seguintes pontos:

80.1. **Aquisição Sitesharing NE:** A operação obedeceu passos previamente combinados de modo que os ativos foram transferidos para uma das pessoas físicas que era acionista da empresa objeto, de tal forma que o valor da venda das ações foi destinado à pessoa física ao invés da pessoa jurídica, reduzindo dessa forma a tributação sobre ganho de capital, conforme o seguintes excertos do TVF:

12.2.12. Retomando-se a análise do contrato de compra e venda das ações da SITESHARING NE, nas considerações iniciais, **pode-se identificar que a sua formalização estava condicionada à prévia transferência dos ativos de interesse** da ATB para a Sitesharing NE. Vide abaixo:

CONSIDERANDO que, como condição precedente à formalização deste contrato de compra e venda e outras avenças (“Contrato”), na data de 1º de setembro de 2010 o Vendedor aprovou a cisão parcial e seletiva da Sitesharing, pela qual determinados ativos e contratos foram transferidos à Sitesharing NE conforme os atos societários cujas cópias integram o Anexo I (“Cisão”);

12.2.13. **É evidente a importância de que determinados ativos fizessem parte do patrimônio da Sitesharing NE como condição precedente para sua aquisição** pela ATB.

12.2.14. A cláusula 2.6 do Contrato, abaixo reproduzida, traz a previsão de **pagamento complementar para os “sites”¹⁹ em construção, evidenciando, novamente, o efetivo interesse nos ativos da Sitesharing NE e não no conjunto das atividades operacionais da empresa objeto da negociação.**

2.6. Pagamento Complementar pelos Sites em Construção. Em 1º de maio de 2011 (“Data de Pagamento dos Sites em Construção”), o Comprador pagará ao Vendedor, até as 15:00 horas, o Valor dos Sites em Construção que atendam os requisitos estabelecidos na Cláusula 2.6.1 abaixo, e, posteriormente, a cada 60 (sessenta) dias sucessivamente até que todos os Sites em Construção tenham atendido os requisitos estabelecidos na Cláusula 2.6.1 abaixo. Os pagamentos aqui previstos deverão ser efetuados em moeda corrente nacional, por meio de transferência para a Conta do Vendedor.

12.2.15. Mais um exemplo que evidencia o efetivo objeto do contrato está na cláusula 2.9 em que se contempla pagamento adicional para os “sites COW”²⁰. Vide abaixo:

2.9. Pagamento Adicional pelos Sites COW. Em 1º de abril de 2011, até as 15:00 horas, o Comprador pagará na Conta do Vendedor o Valor dos Sites COW, o qual integrará o Preço de Aquisição para todos os fins e efeitos.

80.2. **Aquisição Nextel Torres e Equipamentos:** a operação foi precedida de contrato firmado em agosto de 2013 e em 05.12.2013 foi efetuado o aumento do capital social (de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00) da empresa objeto, mediante integralização pela então sócia via subscrição dos ativos que de fato interessavam a Recorrente, isto é, a operação se destinou à aquisição de ativos. Destacam-se os seguintes pontos do TVF:

13.1.4. O contrato trata da compra e venda de quotas societárias da Nextel Torres pela sua única sócia que se compromete a repassar à “Empresa de Torres”, antes da data de fechamento de venda de quotas, os ativos “Sites”. Abaixo trecho das considerações iniciais do referido contratado em sua versão traduzida para o português:

C. A Vendedora detém 100% do capital social da Empresa de Torres, representado por 1000 (mil) quotas, todas subscritas e totalmente integralizadas (as “*Quotas*”), e a Vendedora se comprometeu à Empresa de Torres que contribuirá ou ceder à Empresa de Torres, antes do Fechamento da Venda de Quotas, (i) todos os Sites Iniciais Passíveis de Cessão, (ii) observada a Cláusula 4.1, quaisquer Sites de Compartilhamento que Requerem Consentimento que sejam Sites Passíveis de Cessão e que não tenham sido designados como um Site Remanescente para fins do Fechamento da Venda de Quotas, e (iii) quaisquer Sites que Requeiram Consentimento e que sejam Sites Passíveis de Cessão, em cada caso conforme determinado no momento de tal contribuição e cessão (coletivamente, os Sites assim contribuídos e cedidos são denominados “*Sites da Empresa de Torres*”), em cada caso incluindo os Ativos Incluídos neles.

13.1.5. Como visto anteriormente, o termo “SITE” é um jargão do setor de telecomunicações que representa o conjunto de torre e equipamentos, mais a área em que aqueles estão instalados.

13.1.6. A Cláusula 2.1 do “Contrato Principal de Compra e Venda” estabelece a obrigação da Vendedora de transferir à “Empresa de Torres” os ativos “SITES”, os quais, não por coincidência, eram os ativos que o Grupo AMERICAN TOWER tinha interesse em adquirir. Abaixo, está reproduzido o trecho da tradução juramentada:

CLÁUSULA 2.1 *Fechamento de Operação da Venda de Quotas.*

(a) Em seguida à Data de Aprovação do CADE, mas em todo o caso antes do Fechamento da Venda das Quotas, a Vendedora deverá:

- (i) contribuir (por meio de conferência de ativos), ceder, transferir e entregar à Empresa de Torres, e a Empresa de Torres deverá adquirir, aceitar, e assumir da Vendedora, todo direito, titularidade e participação da Vendedora nos Sites da Empresa de Torres e nos Ativos Incluídos dos Sites da Empresa de Torres em conformidade com a assinatura e entrega dos referidos instrumentos de contribuição, transmissão e cessão conforme for necessário para a Vendedora contribuir, ceder, transferir e entregar para a Empresa de Torres todos os direitos títulos e interesses da Vendedora no âmbito dos Ativos Incluídos de tais Sites da Empresa de Torres, na forma e em substância razoavelmente aceitável às Partes, originais dos quais serão entregues à Compradora no Fechamento da Venda de Quotas;

13.1.7. Cabe, também, uma menção específica à Cláusula 5.10, letra (b), do contrato em questão, que estabelece obrigações à “Empresa de Torres”, desde a sua constituição até a data de Fechamento da Venda das Quotas, tais como: nunca ter tomado parte em qualquer atividade comercial; não conduzir operações exceto entre o período da assinatura do Contrato e a data de Fechamento da Venda das Quotas; nunca ter contratado funcionários; ou seja, verifica-se, no caso em tela, a estipulação contratual de que a “Empresa de Torres” deveria ser um instrumento de passagem, criada com a finalidade de transferir os ativos de interesse do Grupo American Tower. Na prática, a compradora impinge à vendedora a criação de uma empresa vedada de exercer qualquer atividade empresarial! Em seguida o trecho mencionado:

CLÁUSULA 5.10 Empresa de Torres.

(b) A Empresa de Torres (desde sua constituição até o momento do Fechamento da Venda de Quotas, inclusive, na Data de Fechamento da Venda de Quotas) (x) não tomou parte nem tomará parte, conforme o caso, em nenhuma atividade comercial, (y) não conduziu operações, exceto durante o período desde a Data de Assinatura até o Fechamento da Venda de Quotas (o “*Período Anterior ao Fechamento*”) para o recebimento e a aceitação da participação da Vendedora nos Sites da Empresa de Torres e todos os correspondentes Ativos Incluídos e

cumprimento das respectivas obrigações e responsabilidades (inclusive por força das correspondentes Contratos de Locação e Contratos de Compartilhamento cedidos à Empresa de Torres durante esse Período Anterior ao Fechamento), ou (z) não contratou funcionários. Durante o Período Anterior ao Fechamento, a execução e condução, pela Empresa de Torres, dessas atividades relacionadas a essas Torres e a outros Ativos Incluídos relacionados são compatíveis em todos os aspectos com as exigências deste Contrato. Sempre desde a constituição da Empresa de Torres até o Fechamento da Venda de Quotas: (i) as Quotas foram devidamente autorizadas e validamente emitidas à Vendedora; (ii) a Empresa de Torres não terá Passivos, com exceção dos Passivos que forem Contingências Assumidas relacionadas com os Sites da Empresa de Torres ou que decorrerem de qualquer um dos Documentos da Operação do qual ela seja parte e que forem devidos para cumprimento após o Fechamento da Venda de Quotas ou pagos ou de outro modo integralmente satisfeitos (inclusive através dos rateios previstos na Cláusula 2.7) no ou antes do Fechamento da Venda de Quotas; e (iii) a Empresa de Torres não terá subsidiárias ou participação, sociedade, sociedade limitada ou outra participação acionária em nenhuma Pessoa.

13.1.8. Em 05 de dezembro de 2013, conforme alteração contratual, ocorreu o aumento do capital social da Nextel Torres passando de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00, pela criação de 359.306.196 quotas, com valor nominal unitário de R\$1,00 (um real), as quais foram naquele ato, totalmente subscritas e integralizadas pela única sócia NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., mediante conferência de bens descritos no Anexo I daquela 2ª alteração contratual. Os bens relacionados naquele anexo são os chamados “SITES”, que o próprio anexo define como Torres, Equipamentos e Benfeitorias.

13.1.9. Com a transferência dos ativos para a Nextel Torres passou a ser possível o fechamento da venda das quotas. A Cláusula 7.19 do contrato estabelecia que na data de “Fechamento da Venda das Quotas” seria celebrado um segundo contrato, complementar ao primeiro, o “MASTER INFRASTRUCTURE ASSIGNMENT AGREEMENT” (MIAA) que teria como objeto o arrendamento das torres de telecomunicações. Este segundo contrato foi celebrado em 06 de dezembro de 2013 entre a Nextel Torres e sua única sócia e Vendedora (Nextel Telecomunicações Ltda.).

13.1.10. Na mesma data do “Fechamento da Venda das Quotas”, 06/12/2013, alteração contratual da Nextel Torres formalizou a saída de Nextel Telecomunicações Ltda. do quadro societário e o ingresso da ATB. Por meio da mesma alteração contratual, resolveu a sócia ingressante alterar o nome empresarial da sociedade de NEXTEL TORRES E EQUIPAMENTOS LTDA. para AMERICAN TOWER DO BRASIL II – CESSÃO DE INFRAESTRUTURAS LTDA.

13.1.11. No dia 30/12/2013 (24 dias após a aquisição) a ATB incorporou a empresa recém adquirida, conforme Ata de Reunião de Sócios” que aprovou os termos e condições do Instrumento de Justificação e Protocolo de Incorporação da American Tower do Brasil II – Cessão de Infraestruturas Ltda, pela ATB (vide Anexo 13).

13.1.12. A Justificação para a incorporação da “Empresa de Torres” que consta do instrumento em questão é a seguinte:

[...]

13.1.13. Da mesma forma como ocorreu na operação envolvendo a Sitesharing NE, o grupo American Tower estabeleceu a forma da negociação (aquisição de participação societária) e, apenas algumas semanas após a data de fechamento do acordo, efetuou a incorporação da empresa para a qual foram direcionados os ativos de seu interesse (Sites), justificando a incorporação pela redução de custos e racionalização de trabalho, com um texto idêntico ao do contrato relativo à “aquisição” da Sitesharing NE.

13.1.14. Nunca houve qualquer interesse em realizar investimento societário! Apenas criou-se uma situação totalmente artificial que visava permitir o enquadramento numa das hipóteses de amortização fiscal do ágio criado na operação. Isso pode ser comprovado pelo fato de a Nextel Torres ter sido criada especificamente para receber os ativos a serem vendidos para a ATB e, antes mesmo de recebê-los, o contrato de venda de suas quotas já havia sido firmado com cláusulas que limitavam sua atividade operacional. A Nextel Torres não teve qualquer condição de criar valor empresarial, ela foi um instrumento de passagem dos ativos que eram do interesse da ATB, e o contrato de compra e venda é uma simulação dos atos efetivamente praticados.

13.1.15. Na fiscalização encerrada em 2018, a Nextel Telecomunicações Ltda. foi intimada a indicar “a motivação para o ato de aumento do capital social efetuado pela empresa em sua então subsidiária Nextel Torres, em 05 de dezembro de 2013, visto que, em 06 de dezembro de 2013, portanto, um dia depois, efetuou-se a transferência do controle societário daquela empresa para a ATB”. A resposta foi a seguinte:

Com relação ao item 2, a motivação se deu por conta da operacionalização da venda e compra ser mais simples, dado ao grande volume de torres. Além disto, evita-se de obter o consentimento de alguns locatários para cessão do contrato de locação.

13.1.16. Percebe-se nessa resposta que o real objeto do negócio jurídico realizado era a compra de torres. Não há empreendimento algum para essa empresa!

13.1.17. Uma forte evidência são as Notas Explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras individuais e consolidadas da Nextel Telecomunicações S.A., pois descrevem a operação de venda de 1.940 torres de telecomunicações e subsequente locação dessas torres, celebrada entre sua controlada Nextel Telecomunicações Ltda. (Vendedora) e AMERICAN TOWER INTERNATIONAL INC. (Compradora estrangeira), como destacado a seguir:

operacionais, e aproveitamento da estrutura administrativa, comercial e financeira da Companhia e de sua Controlada. **Venda e subsequente arrendamento das torres de telecomunicações:** Em 06 de dezembro de 2013, a Companhia através de sua Controlada Nextel Telecomunicações Ltda. celebrou contrato no montante de R\$ 813.830 com a American Tower International Inc. (“ATC”) para a venda de 1.940 torres e subsequente locação dessas torres (“*sale-lease back*”). As torres, objeto da negociação, incluem apenas as estruturas fixas das torres de telecomunicações de propriedade da Controlada, bem como a cessão, irrevogável, de contratos de arrendamento de terra subjacentes sobre as quais as 1.940 torres estão instaladas. O valor pago pela “ATC” pela compra das 1.940 torres totalizou R\$ 813.830 e foi efetivamente pago a título de antecipação em 6 de dezembro de 2013. De acordo com o contrato, a ATC tem o prazo de 120 dias, a partir da data da venda, para inspecionar, confirmar e conceder o seu “aceite” para cada torre individualmente. Apenas após o referido aceite a operação de venda será concretizada e os riscos e benefícios serão transferidos para a ATC. Em

13.1.18. Nota-se que a nota explicativa cita a Compradora como sendo a estrangeira American Tower International Inc. no lugar da ATB. Isso pode ser explicado pelo fato

de que os recursos para que os pagamentos fossem honrados foram providos direta, ou indiretamente pela American Tower International Inc, conforme será demonstrado logo adiante no item 13.2.2. Aliás, essa nota explicativa também evidencia o motivo pelo qual o contrato entre as duas empresas brasileiras foi redigido originalmente em inglês.

13.1.19. Também é possível perceber que as notas explicativas não mencionam a venda de participação societária, mas sim a venda de uma certa quantidade de torres e a simultânea locação delas, o que reforça a constatação de que a Nextel Torres foi tão somente um instrumento de passagem para simular o efetivo negócio realizado.

81. Com relação à aquisição das empresas do **Grupo BR Towers** (BRT Holding1 S.A., BRT Holding2 S.A., e BR Towers S.A.), como referido, a motivação para glosa da amortização do ágio tem como **único fundamento** o fato de que a Recorrente seria apenas um instrumento de passagem para o investimento realizado pelo grupo econômico, via sua controladora direta ou indireta situadas no exterior, inclusive sendo reconhecido pela autoridade fiscal tratar-se de um investimento societário genuíno (item 14.1.18 do TVF). Sob esse ponto, destaca-se os seguintes excertos do TVF:

14.1.11. Na fiscalização encerrada em 2018, a ATB foi intimada a indicar a origem dos recursos financeiros utilizados para a aquisição das empresas do Grupo BR TOWERS e, em 23/02/2018, respondeu (vide Anexo 18):

a.3) Origem dos recursos - Aquisição BRTowers 3 S.A / BRTowers 5 S.A / Sitesharing BRTW S.A:

- Aproximadamente R\$ 800 milhões – empréstimo concedido por sociedade(s) pertencente(s) ao grupo da INTIMADA no exterior
- Aproximadamente R\$ 640 milhões aumento de capital.

14.1.12. Por meio da 53ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da ATB de 16/10/2014, os quotistas da sociedade deliberaram pelo aumento do capital social em R\$ 2.000.000.000,00, mediante a emissão de dois bilhões de novas quotas, de valor nominal de R\$ 1,00 cada, totalmente subscritas, naquele ato, pela sócia estrangeira ATC SOUTH AMERICA HOLDING LLC.

[...]

14.1.14. Assim, entre os dias 07 e 10/11/2014 ingressaram na ATB R\$ 755.911.426,00 a título de aumento de capital.

14.1.15. Por outro lado, a título de empréstimos, entre os dias 11 e 13/11/2014, ingressaram na ATB R\$ 830.580.000,00. Abaixo a resposta à intimação sobre as concessões de empréstimos que foi dada durante a fiscalização encerrada em 2018:

[...]

14.1.17. Assim entre os dias 07 e 13/11/2014 as empresas estrangeiras pertencentes ao grupo econômico da ATB injetaram R\$ 1.586.491.426,00 (aumento de capital mais empréstimos) e, no dia 19/11/2014, foram desembolsados R\$1.462.842.805,76 (soma de todas as parcelas pagas em 19/11/2014). Evidentemente a ATB foi utilizada como canal de passagem para os recursos financeiros vindos das empresas do grupo sediadas no exterior, a título de empréstimos e capital.

14.1.18. Diferentemente das duas operações anteriores, neste caso é possível perceber que houve a aquisição de um concorrente. **Trata-se de investimento societário genuíno, porém, assim como nas operações anteriores, o real adquirente foi a empresa controladora da ATB no exterior.**

14.1.19. Constatam do Formulário 10-K enviado à SEC, para o período terminado em 31/12/2014, página F-21, as Notas às Demonstrações Financeiras Consolidadas, da AMERICAN TOWER CORPORATION e de suas subsidiárias, onde é tratada a aquisição da BR TOWERS, como a seguir transcrito:

VERSÃO ORIGINAL	TRADUÇÃO LIVRE
2014 ACQUISITIONS	AQUISIÇÕES 2014
BR TOWERS ACQUISITION—ON NOVEMBER 19, 2014, THE COMPANY COMPLETED THE ACQUISITION OF 100% OF THE EQUITY INTERESTS OF BR TOWERS S.A., A BRAZILIAN TELECOMMUNICATIONS REAL ESTATE COMPANY (“BR TOWERS”). AT CLOSING, BR TOWERS OWNED 2,504 TOWERS AND FOUR PROPERTY INTERESTS, AS WELL AS THE EXCLUSIVE USE RIGHTS FOR 2,113 ADDITIONAL TOWERS AND 43 PROPERTY INTERESTS IN BRAZIL. THE COMPANY COMPLETED THE ACQUISITION FOR AN ESTIMATED PRELIMINARY PURCHASE PRICE OF APPROXIMATELY \$568.9 MILLION AND PAID APPROXIMATELY \$61.1 MILLION TO ACQUIRE ALL OUTSTANDING PREFERRED EQUITY. IN ADDITION, THE COMPANY ASSUMED APPROXIMATELY \$261.1 MILLION OF BR TOWERS’ EXISTING INDEBTEDNESS AND REPAID APPROXIMATELY \$122.1 MILLION OF PRINCIPAL BALANCE SUBSEQUENT TO CLOSING. THE PURCHASE PRICE IS SUBJECT TO POST-CLOSING ADJUSTMENTS.	AQUISIÇÃO DA BR TOWERS - EM 19 DE NOVEMBRO DE 2014, A COMPANHIA CONCLUIU A AQUISIÇÃO DE 100% DAS PARTICIPAÇÕES ACIONÁRIAS DA BR TOWERS SA, UMA EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES (“BR TOWERS”). NO FECHAMENTO, A BR TOWERS POSSUÍA 2.504 TORRES E QUATRO PROPRIEDADES, BEM COMO OS DIREITOS DE USO EXCLUSIVO DE 2.113 TORRES E 43 PROPRIEDADES NO BRASIL. A COMPANHIA CONCLUIU A AQUISIÇÃO POR UM PREÇO ESTIMADO DE COMPRA PRELIMINAR DE APROXIMADAMENTE US\$ 568,9 MILHÕES E PAGOU APROXIMADAMENTE US\$ 61,1 MILHÕES PARA ADQUIRIR TODAS AS AÇÕES PREFERENCIAIS EM CIRCULAÇÃO. ALÉM DISSO, A COMPANHIA ASSUMIU APROXIMADAMENTE US\$ 261,1 MILHÕES DO ENDIVIDAMENTO EXISTENTE DA BR TOWERS E REEMBOLSOU APROXIMADAMENTE US\$ 122,1 MILHÕES DO SALDO PRINCIPAL SUBSEQUENTE AO FECHAMENTO. O PREÇO DE COMPRA ESTÁ SUJEITO A AJUSTES PÓS-FECHAMENTO.

14.1.1. A Nota acima destacada faz referência à aquisição da BR TOWERS pela AMERICAN TOWER CORPORATION sem que houvesse qualquer citação à ATB. Além disso os valores informados foram em dólares e sequer foi mencionado aos acionistas da empresa americana que os valores ali indicados retratam investimento efetuado em reais e que aquela aquisição teria sido feita por uma subsidiária no Brasil.

14.1.2. O Grupo AMERICAN TOWER tem atuação em diversos países e as decisões de realização de investimentos, em cada mercado, nunca são tomadas localmente, pois as subsidiárias locais não possuem os recursos financeiros necessários.

14.1.3. “Press Release” da AMERICAN TOWER CORPORATION, obtido da SEC, anunciou a compra da BR TOWERS. Abaixo um trecho desse documento:

VERSÃO ORIGINAL	TRADUÇÃO LIVRE
BOSTON, MASSACHUSETTS – JUNE 15, 2014 – AMERICAN TOWER CORPORATION (NYSE: AMT) ANNOUNCED THAT IT HAS REACHED AN AGREEMENT WITH GPCP V, A PRIVATE EQUITY FUND MANAGED BY GP INVESTMENTS, LTD., FIP MULTISETORIAL PLUS, A PRIVATE EQUITY FUND MANAGED BY BRADESCO BBI, AND OTHER SHAREHOLDERS, TO ACQUIRE 100% OF THE EQUITY INTERESTS OF BR TOWERS S.A., A BRAZILIAN TELECOMMUNICATIONS REAL ESTATE COMPANY THAT IS EXPECTED TO OWN APPROXIMATELY 2,530 TOWERS AND THE EXCLUSIVE USE RIGHTS FOR APPROXIMATELY 2,110 ADDITIONAL TOWERS IN BRAZIL AT CLOSING. THE PURCHASE PRICE OF APPROXIMATELY 2.18 BILLION BRAZILIAN REAIS, (APPROXIMATELY \$978 MILLION AT CURRENT EXCHANGE RATES) SUBJECT TO CUSTOMARY ADJUSTMENTS, WILL BE SATISFIED WITH A COMBINATION OF CASH AND THE ASSUMPTION OF CERTAIN EXISTING INDEBTEDNESS.	BOSTON, MASSACHUSETTS - 15 DE JUNHO DE 2014 - A AMERICAN TOWER CORPORATION (NYSE: AMT) ANUNCIOU QUE CHEGOU A UM ACORDO COM O GPCP V, FUNDO DE PRIVATE EQUITY ADMINISTRADO PELA GP INVESTMENTS, LTD., FIP MULTISETORIAL PLUS, FUNDO DE PRIVATE EQUITY ADMINISTRADO PELO BRADESCO BBI E OUTROS ACIONISTAS PARA ADQUIRIR 100% DAS PARTICIPAÇÕES ACIONÁRIAS DA BR TOWERS SA, UMA EMPRESA BRASILEIRA DE LOCAÇÃO DE SITES DE TELECOMUNICAÇÕES QUE DEVERÁ POSSUIR APROXIMADAMENTE 2.530 TORRES E OS DIREITOS DE USO EXCLUSIVO PARA APROXIMADAMENTE 2.110 TORRES ADICIONAIS NO BRASIL NA DATA DE FECHAMENTO. O PREÇO DE COMPRA DE APROXIMADAMENTE R\$ 2,18 BILHÕES, (APROXIMADAMENTE US\$ 978 MILHÕES COM AS TAXAS DE CÂMBIO ATUAIS) ESTÁ SUJEITO A AJUSTES COSTUMEIROS, SERÁ LIQUIDADO COM A COMBINAÇÃO DE DINHEIRO E A ASSUNÇÃO DE CERTOS ENDIVIDAMENTOS EXISTENTES.

14.1.4. Interessante notar que a informação ao mercado em questão explicita uma negociação entre American Tower Corporation de um lado e fundos de “private equity” e outros acionistas de outro para a compra das empresas do grupo BR Towers. A American Tower Corporation se utilizou da ATB para formalizar o contrato de compra e venda do objeto adquirido e proveu os recursos para que o contrato fosse honrado.

14.1.5. No presente caso, fica claro que os recursos necessários para a aquisição das empresas do grupo BR Towers vieram de fora, de empresas vinculadas, e foram disponibilizados para a subsidiária local (ATB) menos de duas semanas antes da data em que os pagamentos deveriam ser efetuados. (g.n.)

82. A Recorrente, conforme relatado, fez considerações isoladas em relação a cada uma das operações.

82.1. **Aquisição da Sitiesharing NE:** Defende que a negociação com o controlador indireto contemplou uma efetiva combinação de negócios e não uma aquisição de ativos e que a Recorrente não teve qualquer participação nos atos de reorganização societária preliminares a aquisição. Que para liquidar a operação, a sócia ATC South América aportou recursos por meio de aumento de capital no valor total de R\$ 302.840.375,00 e a empresa vinculada ATI emprestou, via mútuos, o valor total de R\$ 553.689.500,00.

82.2. **Aquisição da Nextel Torres:** Alega que o contrato de compra e venda tinha dois objetos distintos, o primeiro é aquisição de 100% das quotas da Nextel Torres e o segundo é a

aquisição de torres de telecomunicações da Nextel Telecomunicações Ltda, que não se está falando de uma simples compra de ativos, pois sequer houve análise de quais seriam de fato as dificuldades práticas ou impedimentos para os ativos fossem vendidos separadamente além do fato de que, do ponto de vista operacional, *é necessário apenas ter em mente que a transferência de ativo (...) por meio de uma operação societária intragrupo é algo muito mais simples do ponto de vista operacional e, em verdade, algo mais factível do que a venda de quase dois mil sites diretamente.*

82.3. **Aquisição da empresas do Grupo BR Towers:** Aduz a Recorrente que a comunicação à SEC decorre do fato de ser a American Tower Corporation a única empresa aberta no Grupo American Tower, mas que isso não significa que ela seja a adquirente, Que foram adquiridas ações das empresas operacionais do grupo BR Towers ao preço de R\$ 1.436.700.008,00 e que para tanto o capital da Recorrente foi aumentado em R\$ 2 bilhões, dos quais R\$ 21.017.280,00 foram integralizados imediatamente pela ATC South America, R\$ 755.911.426,00 integralizado em 2014 e o restante em cinco anos, além de mútuos no valor total de R\$ 830.580.000,00. Que o preço do investimento foi incorrido pela Recorrente, sociedade que figura como compradora no contrato de compra de ações e o CADE considerou a operação como transações entre partes brasileiras, ou seja, em nenhum momento o órgão considerou que o real adquirente teria sido a empresa estrangeira.

83. Em suas contrarrazões, a PFN defende que a legislação autoriza a amortização do ágio por parte de quem suporta (no sentido de quem efetivamente paga), nos termos do art. 385 do então RIR/99 e que a possibilidade de dedução independentemente da alienação ou liquidação do investimento, tem amparo nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

84. Segue o representante da Fazenda Nacional: *para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.*

85. Em relação a cada uma das operações, faz as seguintes considerações que, no seu entender, são razões para a manutenção da glosa:

85.1. **Aquisição da Sitesharing NE:** O objeto do negócio foi a aquisição de sites de telecomunicações, fato que se observa pela sequência de operações societárias até a formalização

da sociedade Sitesharing NE, que concentrou os ativos de interesse a Recorrente e pelos valores de aumento de capital, que se referem exatamente aos valores dos bens vertidos, ou seja, era indiferente para a compradora qual seria a empresa adquirida na transação, mas o bens adquiridos e que a Sitesharing NE figurou de maneira artificial como mero receptáculo para os ativos que interessavam ao Grupo American Tower. Que inexistiu confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido, pois o papel de investidora na aquisição é desempenhado pela American Tower Corporation, residente no exterior, que desempenha função de *Real Estate Investment Trust* (REIT), estrutura que opera via captação de recursos, aquisição de ativos destinados a render aluguéis, conforme registro junto à *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC). Que a Recorrente não tinha condições financeiras para figurar como adquirente e que na operação tem-se duas empresas veículos, a vendedora e a adquirente; que a qualificação dos fatos e interpretação dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, pela Fiscalização e pela DRJ estão em consonância com a jurisprudência da CSRF (Acórdãos nº 9101-003.561 e nº 9101-002.301).

85.2. **Aquisição da Nextel Torres:** O verdadeiro objeto do negócio foi a alienação dos sites de telecomunicações, conforme contrato celebrado onde os ativos de interesse foram direcionados para nova empresa objeto, via integralização de capital no dia anterior a alienação, e determinado em cláusula contratual que a nova empresa não exercesse qualquer atividade comercial. Que a real adquirente foi a American Tower Corporation, com base na análise conjunta dos fatos, onde o Grupo Nextel anunciou ao mercado a venda das 1.940 torres ao Grupo American Tower e o Grupo ATC divulgou *press release*, arquivado na SEC, onde confirma que a operação se deu entre os dois grupos econômicos. Que há duas versões sobre o negócio jurídico, a primeira ao mercado e uma segunda para dar amparo à amortização de ágio. Que a Recorrente não possuía recursos para adquirir os ativos e não houve confusão patrimonial entre a empresa objeto e a real adquirente.

85.3. **Aquisição da empresas do Grupo BR Towers:** Que inorcorreu confusão patrimonial, visto que o real adquirente, assim como nos casos anteriores, foi a American Tower Corporation, conforme reporte da operação à SEC.

i. Primeiro argumento para glosa da amortização: ausência de confusão patrimonial

86. O primeiro argumento para glosa da despesa com amortização de ágio são comuns nas três operações, é o de que a Recorrente seria apenas um instrumento de passagem para o investimento realizado pelo grupo econômico, via sua controladora direta ou indireta situadas no exterior, isto é, não seria a real adquirente, fato que impede a subsunção da regra prevista no art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, isto é, a confusão dos patrimônios da investidora e investida.

87. Como relatado, os argumentos se centram na ausência de recursos financeiros por parte da Recorrente, que foram objeto ou de aumento de capital ou empréstimos externos junto a entidades vinculadas. Não há controvérsia sobre a regular entrada dos recursos. Outro aspecto são as comunicações de fato relevante, inclusive as informações prestadas pelo American Tower Corporation à *Securities and Exchange Commission* (SEC).

88. Nesse ponto assiste razão à Recorrente. O fato de os recursos financeiros virem do grupo econômico, de entidades sediadas no exterior, devidamente registrados no Banco Central não altera a condição de real adquirente da Recorrente.

89. A Recorrente é empresa operacional pré-existente às operações sob análise há mais de dez anos, portanto, do ponto de vista jurídico, não há razão para descaracterização da sua condição de real adquirente, em razão de ter recebido recursos do exterior, via integralização de capital ou, mais especificamente, operações de mútuo externo.

90. As operações de mútuo foram objeto de análise no presente voto, onde as despesas com juros foram consideradas necessárias, ainda que tenham excedido o limite de dedutibilidade, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010.

91. Em resumo, as operações financeiras são existentes, válidas e, por conta das regras de subcapitalização, têm eficácia limitada. Com base nessa premissa, a Recorrente passou a ter disponibilidade financeira para figurar como real adquirente nas operações.

92. Sobre a comunicação à SEC, efetuada pela American Tower Corporation, trata-se de fato relevante que tem implicação, em última análise, no resultado dessa empresa, na condição de controladora do grupo econômico e por ser a única empresa que emite títulos mobiliários. Tal fato, igualmente, não tem o efeito de descaracterizar a condição de real adquirente da Recorrente.

93. Assim, a primeira motivação para glosa das despesas com amortização de ágio, isto é, o fato de a Recorrente não ser a real adquirente, deve ser afastada.

94. Como referido, a operação envolvendo a aquisição das empresas do Grupo BR Towers (BRT Holding1 S.A., BRT Holding2 S.A., e BR Towers S.A.), tem como único fundamento para glosa da amortização do ágio o fato de que a Recorrente seria apenas um instrumento de passagem. Pelas razões expostas, deve ser cancelada a glosa em relação a essas operações, pois, como reconhecido pela autoridade fiscal, tratar-se de um investimento societário genuíno.

ii. Segundo argumento para glosa da amortização: fundamentação do ágio pago

95. O segundo argumento para glosa da despesa com amortização de ágio, aplicável exclusivamente às operações, Sitesharing NE S.A. e Nextel Torres e Equipamentos Ltda, é de que a fundamentação para pagamento do ágio decorreu da avaliação dos ativos adquiridos (sites e torres de transmissão de dados).

96. Nas duas operações de aquisição, os ativos de interesse da Recorrente foram isolados em determinada pessoa jurídica, empresa objeto, que posteriormente foi incorporada, isto é o ágio teve como fundamento o inciso I do § 2º do art. 385 do então RIR/99, e não sobre expectativa de rentabilidade futura (art. 385, § 2º, II, do então RIR/99).

97. A primeira operação, Sitesharing NE, estava condicionada à prévia transferência dos ativos de interesse da Recorrente para a empresa objeto. O aumento de capital da empresa objeto se referem exatamente aos valores dos bens vertidos. Restou claro, portanto, a partir da sequência de etapas societárias, que nunca houve interesse na aquisição societária, mas nos ativos, que se referem a 600 torres de transmissão de dados (item 47 do Recurso Voluntário), tendo inclusive disposição contratual expressa para as torres que estavam em construção (cláusula 2.6).

98. Como bem observado pela Fazenda Nacional, era indiferente para a compradora qual seria a empresa adquirida na transação. O que interessava eram os bens adquiridos, a Sitesharing NE era tão somente mero receptáculo para os ativos que interessavam à Recorrente.

99. Em relação a segunda operação, Nextel Torres, foi pactuado que a vendedora deveria transferir à “Empresa de Torres” os ativos “sites” (que são as torres de transmissão de

dados), que nada mais eram os ativos de interesse (cláusula 2.1 do contrato). Os ativos em questão se referem a 2.790 torres de transmissão de dados (item 47 do Recurso Voluntário).

100. Outro fato que demonstra de forma hialina que a operação tinha como objeto a aquisição de ativos era a condição estabelecida para que a “Empresa de Torres”, desde a sua constituição até a data a venda das suas quotas, não poderia desenvolver qualquer atividade comercial, não contratar funcionários. Ou seja, a nova empresa foi um instrumento de passagem, criada com a única finalidade de transferir os ativos de interesse da Recorrente (cláusula 5.10, “b” do contrato).

101. A Nextel Torres, empresa objeto, não realizou qualquer operação que pudesse criar valor empresarial, ela foi um instrumento de passagem dos ativos que eram do interesse da Recorrente.

102. No caso das aquisições da Sitiesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda nunca houve qualquer interesse em realizar investimento societário, as duas pessoas jurídicas eram tão somente um receptáculo dos ativos adquiridos, a partir de uma sequência de operações previamente acordadas com a Recorrente.

103. Por não terem realizado qualquer operação societária, contraria qualquer lógica imaginar que os bens isoladamente considerados possam resultar em expectativa de resultado futuro.

104. O conjunto de operações, sob a perspectiva da Recorrente, criou uma situação artificial para permitir o enquadramento do ágio pago como se o fundamento fosse em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art. 385, § 2º, II, do então RIR/99.

105. Os fatos que ensejaram o pagamento do ágio é o valor dos ativos de interesse da Recorrente (art. 385, § 2º, I, do então RIR/99).

106. O tratamento do ágio pago em razão do valor dos ativos da empresa objeto, nas hipóteses de absorção do patrimônio dessa, deverá ser registrado em contrapartida à conta que registre o bem que lhe deu causa, e integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (art. 386 do então RIR/99).

107. Dessa forma, deve ser objeto de glosa a amortização de ágio em relação às operações de aquisição das pessoas jurídicas Sitiesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda.

d) Multa qualificada

108. Sobre a multa qualificada, a Recorrente alega ter inexistido sonegação, fraude ou conluio e que CSRF identificou e reafirmou que operações supostamente tidas como artificiais por ausência de propósito negociais, mesmo que inoponíveis ao Fisco, não podem ser tidas, de forma automática, como sonegação, fraude ou conluio.

109. No seu entender, a dedutibilidade das despesas com juros possuíam respaldo no art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, e as amortizações com ágio nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Defende que poderia se falar em erro de proibição, jamais arguir simulação, fraude ou dolo.

110. Aduz ainda a Recorrente que o art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964, veda aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte. Por fim, que a multa aplicada ofende o princípio da proporcionalidade.

111. A Fiscalização entendeu que a motivação para qualificação da multa decorre dos planejamentos tributários abusivos, que tinham como único propósito a redução artificial do IRPJ e da CSLL. As operações que fundamentaram o entendimento do Fisco são (i) a opção pelo endividamento excessivo, que resultaram nas despesas com juros, decorrentes de mútuos *intercompany* com datas de vencimento incertas, promovendo enorme distorção nos resultados; (ii) o fato de o real adquirente ser a controladora da Recorrente.

112. Não há possibilidade de afastar a sanção sob o argumento de erro de proibição, pois a Recorrente é uma companhia que tem a sua disposição consultores capazes de diferenciar condutas lícitas das ilícitas. Tampouco, pode-se afastar a aplicação, como aduz a Recorrente, com base no art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964¹¹, pois esse dispositivo parte da premissa

¹¹ Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

que todas as operações em exame são admitidas, o que não é verdade. A jurisprudência deste CARF tem aceito em algumas circunstâncias a utilização de empresas veículo, embora tal situação transborde a regra de aproveitamento de ágio, prevista nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. No caso presente, a acusação original e, já rechaçada neste voto, era de que a Recorrente era interposta pessoa.

113. Em resumo, os dois argumentos que fundamentaram a qualificação da multa foram afastados no presente voto. O primeiro, sobre as operações de empréstimos, de que elas são reais e os recursos que ingressaram no caixa da Recorrente foram efetivamente empregados para aquisição de participações societárias necessárias para a consecução do seu objeto social. O segundo, de que a Recorrente não seria a real adquirente das participações societárias, mas mero instrumento de passagem dos recursos.

114. As exigências mantidas dizem respeito ao excesso de dedutibilidade de despesas com juros, que não observaram as regras contidas no art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, e a glosa de amortização dos ágios pagos nas aquisições das pessoas jurídicas Sitiesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda., cujo fundamento real eram os ativos de interesse da Recorrente.

115. Ambas condutas estão em uma zona cinzenta para fins de caracterização do dolo.

116. A exigência sobre os juros, denominada pela autoridade fiscal de acusação subsidiária, deu-se pela divergência de enquadramento nos dispositivos que versam sobre as regras de subcapitalização, a Recorrente entendeu que se aplicaria o art. 24 da Lei nº 12.249, de

I - aos que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem espontaneamente, a repartição fazendária competente, para denunciar a falta e sanar a irregularidade, ressalvados os casos previstos no art. 81, nos incisos I e II do art. 83 e nos incisos I, II e III do art. 87;

II - enquanto prevalecer o entendimento - aos que tiverem agido ou pago o imposto:

a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

b) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado fôr parte;

c) de acordo com interpretação fiscal constante de circulares instruções, portarias, ordens de serviço e outros atos interpretativos baixados pelas autoridades fazendárias competentes.

2010, que prevê um limite de 200% do PL, mas que ao final, restou comprovado que, no caso concreto dever-se-ia aplicar o limite estabelecido do art. 25 da mesma lei, isto é, 30% do PL.

117. A exigência pela glosa na amortização do ágio foi mantida pela desqualificação da fundamentação original do dada pela Recorrente, que declarou ser por rentabilidade futura, quando restou sobejamente demonstrado no presente caso que, em relação Sitiesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda., a motivação para o pagamento da mais valia era o preço de mercado dos ativos.

118. Embora exista vício de declaração com relação à segunda infração (fundamentação do ágio para fins de amortização) ela não foi considerada ou referenciada pela Fiscalização como razão para a qualificação da multa, logo, conclui-se que tal conduta não foi determinante ao ponto de atrair a sanção pecuniária mais gravosa, dessa forma deve ser reduzida a multa para o percentual de 75%.

e) Multa isolada - concomitância com a multa de ofício

119. Sobre a multa isolada, defende a Recorrente que descabe sua exigência concomitante com a multa isolada após o encerramento do ano-calendário, nos termos da Súmula CARF nº 105, que não impõe vedação temporal à vedação da concomitância das multas.

120. Que a impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada decorre do chamado princípio penal da consunção, que resumidamente se dá quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira.

121. A Fazenda Nacional, em contrarrazões, aduz que o não recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa é infração bastante diversa daquela consistente na omissão de receitas apurada ao final do ano-calendário. Por se tratarem de infrações distintas, têm como consequência penalidades distintas. A omissão de rendimentos, decorre a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei 9.430, de 1996; enquanto que do descumprimento do regime de recolhimento de estimativa, decorre a multa isolada prevista no atual art. 44, II, “b”, da mesma Lei.

122. Ainda que se compreenda o argumento de natureza econômica sobre a impossibilidade de incidência cumulativa das duas multas exigidas em decorrência de omissão de tributo, uma vinculada ao tributo lançado e outra isolada, incidente sobre as estimativas que deixaram de ser recolhidas em razão da omissão identificada pela Fiscalização (denominado princípio da concomitância), a solução do tema deve ser jurídica.

123. Assim, dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que **deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido**, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (g.n.)

124. Note-se que embora a antiga e a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pareçam similares, elas têm conteúdo distintos.

125. A redação anterior previa multas calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo, fato que permitia concluir que as estimativas estariam contidas no tributo apurado ao final do período. A nova redação, contudo, tem redação mais clara e objetiva, distinguindo as duas condutas típicas, que têm consequências jurídicas distintas.

126. O lançamento foi efetuado com a imputação da multa isolada de 50%, com base na Lei nº 11.488, de 2007, portanto a Súmula CARF nº 105 não se aplica ao presente caso, pois editada em precedentes que analisaram lançamentos efetuados com base em legislação revogada à época do presente lançamento.

127. Há, portanto, duas condutas jurídicas distintas e, para cada uma delas, o legislador ordinário previu sanções igualmente distintas. Incorrendo, portanto, o sujeito passivo nas duas condutas previstas em lei, deve ser aplicada a respectiva sanção prevista para cada uma delas.

128. Nessa linha, destaca-se o seguinte precedente deste CARF:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008

MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

O legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada e que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário.

(Acórdão nº 1302-001.080, sessão de 07.05.0213, relator Conselheiro Alberto Pinto)

129. Pela profunda análise do tema, destacam-se os seguintes excertos do voto:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, *idem*). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o *in dubio pro reo* do art. 112.

Das condutas infracionais diferentes

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação. Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre *in casu*, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de

suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

Temos, então, duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas também diferentes. O art. 44 da Lei no 9.430/96 (na sua redação vigente à época do lançamento) já albergava várias normas, das quais vale pinçar as duas sub examine: a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1º aplicável por falta de pagamento do tributo; e a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do § 1º – aplicável pela não observância das normas do regime de recolhimento por estimativa. Ora, a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1º do art. 44 jamais poderia ser aplicada pela falta de recolhimento do IRPJ sobre a base estimada, então, como se falar em consunção, para que esta absorva a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do mesmo § 1º.

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, consequentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos expendidos no acórdão recorrido, os quais concluem que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Das diferentes bases para cálculos das multas

A tese de que as multas isolada e de ofício, no presente caso, estariam incidindo sobre a mesma base, também, não deve prosperar, seja porque as bases não são idênticas, seja porque, ainda que idênticas, o bis in idem só ocorreria se as duas sanções fossem aplicadas pela ocorrência da mesma conduta, o que já ficou demonstrado que não ocorre, se não vejamos.

A multa isolada corresponde a um percentual do IRPJ calculado sobre a base estimada, na qual o valor das despesas e custos decorrem de uma estimativa legal, ou seja, o legislador quando determina a aplicação de um percentual sobre a receita bruta, para o cálculo da base estimada, está, em verdade, estimando custos e despesas. A multa de ofício, in casu, corresponde a um percentual sobre o IRPJ calculado sobre o lucro real, na qual se leva em conta as despesas e custos efetivamente incorridos. Em suma, se a base estimada difere do lucro real, se são valores distintos, inclusive com previsões legais distintas, os impostos delas resultantes são também valores distintos e, conseqüentemente, as multas ad valorem que incidem sobre elas, também, são valores que não se confundem.

Todavia, ainda que as multas isolada e de ofício fossem calculadas sobre o IRPJ incidente sobre a mesma base de cálculo, isso não significaria um bis in idem, pois, como já asseverado acima, a ocorrência de uma infração não importa necessariamente na ocorrência da outra, o que torna irrefutável que as infrações decorrem de condutas diversas. O contribuinte pode ter recolhido todo o IRPJ devido sobre a base estimada em cada mês do ano-calendário e não recolher a diferença calculada ao final do período, ficando sujeito assim a multa de ofício, mas não a multa isolada. Ao contrário, pode deixar de recolher o IRPJ sobre a base estimada, mas pagar, ao final do ano, todo o IRPJ sobre o lucro real, hipótese na qual só ficará sujeito à multa isolada.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a dosimetria aplicada em tal e qual caso é adequada ou excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que está expressamente vedado pela Súmula CARF nº 2.

Da redação original do art. 44, § 1º, IV, da Lei 9430/96

Adite-se ainda, que o legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro, assim, que:

- a) primeiro, que estava se referindo ao imposto ou contribuição calculado sobre a base estimada, já que em caso de prejuízo fiscal e base negativa, não há falar em tributo devido no ajuste; e
- b) segundo, que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada; e
- c) terceiro, que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano calendário, já que pode ser lançada mesmo após apurado prejuízo fiscal ou base negativa.

Da negativa de vigência de lei federal

Peço vênha aos meus pares, para expressar minha profunda discordância com as referidas posições adotadas por este Colegiado: Entendo que tais posicionamentos têm, em verdade, por via oblíqua, negado vigência a uma lei federal, pois afrontam literalmente o disposto nos art. 2º e 44, § 1º, IV, da Lei nº 9.430/96 (vigente à época do lançamento) e no art. 35 da Lei nº 8.981/95. É demais imaginar que se coaduna com os mais mezinhos princípios do direito a permissão dada ao contribuinte, por tais decisões, para, em janeiro de um determinado ano calendário, decidir se obedece ou não o art. 2º e segs. da Lei nº 9.430/96. Em outras palavras, os referidos posicionamentos deste Colegiado desnaturam a norma tributária tornando-a uma norma facultativa, já que a sua não observância não traz, à luz de tais posicionamentos, qualquer consequência jurídica.

130. Assim, além das condutas infracionais distintas, que a lei atribui consequências sancionatórias distintas, afastar a exigência da multa isolada é negar vigência a texto legal expresso (art. 2º e 44, II, “b”, da Lei no 9.430, de 1996), fato defeso ao CARF, nos termos da Súmula nº 2.

d) CSLL

131. Aplicam-se à CSLL, pela absoluta identidade de fatos e provas, as conclusões relativas ao IRPJ.

e) Responsabilidade solidária

132. A Recorrente Principal, autuada, alega, por fim, que descabe a responsabilização solidária da ATC South America Holding LLC com base no art. 124, I, do CTN.

133. Falece legitimidade ao contribuinte para questionar a responsabilidade imputada a terceiros, conforme Súmula CARF nº 172:

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

II – Recurso Voluntário da Responsável Solidária

Preliminar de nulidade do Termo de Responsabilidade Solidária

134. A Responsável Solidária, ATC South América Holding LLC, chamada ao polo passivo com base no art. 124, I, do CTN, alega, em preliminar, a nulidade do Termo de Responsabilidade Solidária em razão da inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade e que o ato se fundou em mera presunção, pois a autoridade fiscal não indicou quais atos foram praticados e qual o interesse comum.

135. Defende que a própria autoridade fiscal reconheceu que de um total de 26 contratos vigentes no ano-calendário 2016, 92% deles sequer exigiam qualquer aprovação da Recorrente e que não poderia ser responsabilizada pela totalidade do crédito tributário e, no caso de dúvida quanto aos fatos e à prática de infrações, a regra de interpretação deve ser a mais

favorável ao sujeito passivo (art. 112 do CTN). Além disso, que a autoridade fiscal alega que a responsável pela negociação e pela aquisição dos investimentos foi a ATC Corporation, logo, não há vínculo de causalidade entre o que a autoridade alega ter sido efetuado pela Recorrente e a dimensão do crédito tributário.

136. Como já referido, as hipóteses de nulidade no processo administrativo fiscal estão descritas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

137. No caso, não se verifica qualquer despacho ou decisão proferido com preterição do direito de defesa no Termo de Responsabilidade Solidária em razão da inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram à imputação de responsabilidade.

138. O TVF é claro e descreve o racional que, no entendimento da autoridade tributária, ensejou o chamamento da Recorrente ao polo passivo da relação tributária, fato que lhe permitiu apresentar detalhada argumentação em sua peça recursal.

139. De fato, as arguições de nulidade trazidas pela Recorrente, confundem-se com o mérito, e serão analisadas em tópico específico.

140. Dessa forma, não havendo demonstração de ocorrência da hipótese do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, deve ser afastada a arguição de nulidade do Termo de Responsabilidade Solidária.

Mérito

141. Em relação ao mérito, a Responsável Solidária, ATC South América Holding LLC, alega que o PN Cosit nº 4, de 2018, sobre o qual se fundamentou a r. decisão, tem premissa distinta do caso concreto, naquele a motivação é de responsabilização quando há confusão patrimonial, ato ilícito contrário às regras societárias e atos ou omissões da pessoa que concorre para a prática e no caso concreto não se verifica essas condições. Aduz, ainda, que não se configuram as hipóteses do art. 124, I, do CTN, em especial interesse comum, isto é, ter uma relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador. Defende ser um completo absurdo assumir que a Recorrente participaria de um planejamento tributário abusivo, simulando financiamentos e compra de empresas, tão somente para que possa se beneficiar de uma

compensação de prejuízos fiscais. Que é requisito para a responsabilização solidária a demonstração da vontade consciente do agente de realizar a conduta ilícita de redução de tributo.

142. Em suas contrarrazões, a Fazenda Nacional faz referência ao TVF para manutenção da Recorrente como responsável solidária:

[...]

15.32. As incorporações da Sitesharing NE, Nextel Torres, BRT3, BRT5 e BRTW pela ATB mantêm perfeitamente distinguíveis as reais investidora e investida. A ATC South America Holding LLC (diretamente) e a American Tower Corporation (indiretamente) permanecem com o investimento que havia sido apenas temporariamente representado pela participação na ATB. Os valores dos respectivos ágios, em última análise, permanecem registrados na American Tower Corporation.

[...]

18.3. Formalmente, a relação do grupo econômico com a ATB se dá por intermédio de suas sócias controladora: ATC South America Holding LLC.

18.4. Também de maneira formal, a controladora aprovou todos os aumentos de capital de que decorreram as operações de aquisição das empresas de Torres.

18.5. A cláusula 11ª, alínea h contém uma exceção aos atos sujeitos ao prévio consentimento das sócias:

Cláusula 11ª – Os seguintes atos estão sujeitos ao prévio e expresso consentimento das sócias representando a maioria do capital social, salvo se outro quórum maior for legalmente exigido para qualquer das alíneas em particular, consentimento esse que pode ser comunicado por fax ou carta registrada: .. h) a concessão ou a tomada de empréstimos em dinheiro, exceto se referidos empréstimos forem celebrados com a participação de sócios representando a maioria do capital social da sociedade;

18.6. Com relação aos mútuos *intercompany*, 24 contratos foram firmados com a ATC Brazil Coöperatief U.A., da qual a ATC South America Holding LLC é sua subsidiária integral. Desta forma, tais contratos dispensaram a autorização prévia da ATC South América Holding LLC visto estar representada em cada um desses contratos por sua única sócia.

18.7. Formalmente a ATC South América Holding LLC tem interesse comum direto nos planejamentos tributários abusivos implementados, tanto no que se refere ao mútuos *intercompany* como com relação às forma como as aquisições foram efetuadas. É evidente que as estratégias do grupo econômico foram efetivadas por intermédio dela.

143. Repisa-se as disposições do art. 124 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.

144. Fazendo referência ao Acórdão nº 3401-003.809, a PFN defende que se o art. 124, I, do CTN é aplicável ao sócio de fato, logo, não haveria razão para dispensar tratamento tributário distinto ao sócio que é formalmente controlador e interessado direto no planejamento tributário.

145. O Acórdão referido tem a seguinte ementa:

SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM DE PESSOA FÍSICA QUE COMANDA, DE FATO, A PESSOA JURÍDICA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. ART. 124 I CTN.

Uma vez comprovado que a pessoa física ausente do quadro societário da pessoa jurídica autuada, é seu verdadeiro controlador, dirigente e beneficiário do resultado econômico, correta a determinação de responsabilidade solidária pelos tributos devidos pela empresa, pois caracterizado interesse comum no fato gerador da obrigação tributária, conforme preceitua o inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional.

(Acórdão nº 3401-003.809, sessão de 26.06.2017, relator Leonardo Ogassawara de Araújo Branco)

146. Observa-se, que a situação fática do Acórdão paradigma difere do caso concreto. Naquele julgado, houve demonstração de que o sócio de fato concorreu para a prática dos atos que resultaram no lançamento, atraindo a aplicação do art. 124, I, do CTN.

147. Como referido, o entendimento da autoridade lançadora é de que a Recorrente, na qualidade de sócia majoritária da contribuinte (99,99% do capital), tem interesse direto nos planejamentos tributários abusivos implementados, tanto no que se refere aos mútuos *intercompany* como com relação à forma como as aquisições foram efetuadas e que é evidente que as estratégias do grupo econômico foram efetivadas por intermédio dela.

148. O art. 124, I, do CTN, exige interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, isto é, não basta que o interesse seja tão somente econômico, como aquele que se verifica em relação a terceiro que percebe algum ganho em momento posterior à prática das infrações que resultaram na exigência fiscal.

149. No caso do art. 124, I, do CTN, a pessoa que é trazida para o polo passivo da relação tributária tem de estar vinculada juridicamente ao fato gerador, como por exemplo, quando concorre para sua ocorrência.

150. A vinculação normalmente é imediata ao fato gerador, não sendo fato determinante aquilo que ocorre em momento posterior, quando por exemplo, se há distribuição de resultados.

151. Em resumo, para caracterização do interesse jurídico comum é necessário seja demonstrado que o terceiro tenha concorrido para a ocorrência da situação que constitui o fato imponible, ou seja, o terceiro deve participar da conduta descrita na hipótese de incidência.

152. Retomando-se à acusação fiscal, o alegado interesse comum sob a ótica da autoridade lançadora tem como fundamento o interesse nos resultados dos planejamentos tributários sob a ótica do grupo econômico, isto é, pelo deslocamento de resultados via juros para empresas situadas no Reino dos Países Baixos e pela redução artificial do IRPJ e da CSLL via indevida amortização dos ágios.

153. Depreende-se da acusação fiscal que, por ser a Recorrente a controladora da contribuinte, ela teria concorrido para a prática dos atos infracionais.

154. Admitir essa premissa é desconsiderar a personalidade jurídica da contribuinte, que teve relação pessoal e direta com o fato gerador (art. 121 do CTN).

155. Não há como responsabilizar a Recorrente pelos atos praticados pela contribuinte pelo simples fato dela ser sua controladora e ser a beneficiária dos lucros eventualmente distribuídos.

156. É inaplicável ao caso concreto o PN Cosit nº 4, de 2018, pois a referida norma complementar orienta no sentido de que a responsabilidade do art. 124, I, do CTN, demanda dois requisitos cumulativos, isto é, que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte. Além disso, deve ser comprovado o nexo causal consciente de sua participação comissiva ou omissiva do ato ilícito, que resultou na exigência fiscal.

157. O referido PN Cosit nº 4, de 2018, referencia ainda atos que ensejam a responsabilidade solidária: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação e demais atos deles decorrentes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a

redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

158. No caso concreto, não houve abuso da personalidade jurídica da contribuinte e tão pouco se está diante de um grupo econômico irregular.

159. Como referido em tópico próprio deste voto, a autuada é empresa operacional. A realização das operações de empréstimos com empresas ligadas foram consideradas necessárias, a censura fiscal reside na não observância dos limites de dedutibilidade. Com relação à amortização de ágio, trata-se de uma decisão (ou opção) da própria contribuinte.

160. Embora se reconheça que suas ações estão em conformidade com as diretrizes do grupo econômico ao qual a contribuinte pertence, nas duas situações não se pode transbordar efeitos de responsabilização solidária para os sócios, salvo demonstração de abuso ou outro ato ilícito, pois os atos foram praticados pela contribuinte no exercício da sua capacidade civil, que surge com o registro da inscrição do seu ato constitutivo. Nesse ponto, salvo alguma ilicitude, a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a dos seus sócios (art. 49-A da Lei nº 10.406, de 2002, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

161. Os precedentes do CARF sobre a subsunção do art. 124, I, do CTN são no sentido de que a responsabilização tem lugar quando se demonstre de forma inequívoca a prática de atos que conformem o núcleo típico que se constitua na situação do fato gerador:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010
ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2009, 2010
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTS. 124, I E 135, III. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE FATOS QUE TIPIFIQUEM AS HIPÓTESES LEGAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA TRIBUTÁRIA.

A responsabilização tributária prevista pelo art. 135, III e a solidariedade passiva preconizada pelo art. 124, I, ambos do CTN, pressupõem a comprovação inequívoca de atos que conformem os seu núcleo típico, não se contentando com presunções, indícios ou ilações desconectadas dos próprios fatos geradores das obrigações constituídas por meio do ato de lançamento.

(Acórdão nº 9101-006.525, sessão 04.04.2023, relator Gustavo Guimaraes da Fonseca)

162. No caso concreto, a motivação para chamamento da Recorrente está adstrita ao fato da sua condição de controladora e dos benefícios econômicos advindos a ela ou ao grupo econômico, por essa razão não se verifica a necessária vinculação jurídica e imediata ao fato gerador, condição necessária para a responsabilização solidária com base no art. 124, I, do CTN.

Conclusão

163. Por fim, sobre a decisão proferida pela 12ª Turma da DRJ09, nos autos do PAF nº 17459.720028/2022-03, a mesma não tem caráter vinculante e sua definitividade está condicionada ao julgamento do Recurso de Ofício por este CARF.

164. Em razão de todo o exposto, voto:

a) Em relação ao Recurso Voluntário da Recorrente Principal, contribuinte, por REJEITAR as preliminares de nulidade arguidas e, no mérito, para lhe DAR PARCIAL PROVIMENTO, para (i) manter a glosa de despesas com juros que excedem ao limite de dedutibilidade previsto no art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, no valor de R\$ 487.463.600,65; (ii) manter a glosa de amortização de ágio em relação às operações de aquisição das pessoas jurídicas Sitesharing NE S.A. e da Nextel Torres e Equipamentos Ltda, e considerar legítima a amortização de ágio em relação a operação envolvendo a aquisição das empresas do Grupo BR Towers (BRT Holding1 S.A., BRT Holding2 S.A., e BR Towers S.A.); (iii) reduzir o percentual de multa de 150% para 75%; e (iv) manter a exigência da multa isolada.

b) Em relação ao Recurso Voluntário da Responsável Solidária, por REJEITAR as preliminares de nulidade arguidas e, no mérito, para lhe DAR PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins