



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720071/2019-25
ACÓRDÃO	1402-007.036 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	17 de julho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	OWENS-ILLINOIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DEDUTIBILIDADE.

Propósito negocial reconhecido. Operações formalmente legais. Ausência de demonstração irregularidade na formação dos ágios em questão. Dedutibilidade de acordo com a combinação do art. 386 com o art. 250, I, todos do RIR/99.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE FRAUDE. INAPLICABILIDADE DE MULTA QUALIFICADA

Na medida que as operações são alicerçadas em atos lícitos, sendo permitido pelo sistema jurídico tributário que o contribuinte se estruture para gerir suas atividades com o menor ônus fiscal, não há caracterização de fraude à lei, e nem de qualificação da multa de ofício.

CONTRATO DE MÚTUO. PESSOAS LIGADAS. DESPESAS COM JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE AUTORIZADA POR LEI.

Diante da comprovação da necessidade da contratação do mútuo para o pagamento de aquisição de participação societária e, conseqüentemente, expansão dos negócios da pessoa jurídica, as despesas com juros e variação cambial decorrentes do contrato são consideradas dedutíveis, nos termos do artigo 47, da Lei nº 4.506/64. Inexiste "abuso" em optar por adquirir investimento através de empresa já existente e legalmente constituída no Brasil, mormente quando não se trata de "empresa veículo" sem atividades ou constituída apenas para adquirir investimento no Brasil.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Em se tratando de exigência reflexa que têm por base os mesmos fatos do lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejudgado na decisão da CSLL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício, vencidos os Conselheiros Alexandre Labrudi Catunda e Paulo Mateus Ciccone que votavam pelo retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento e prolação de outro Acórdão, com a devida análise do mérito.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Labrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonca, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se o presente caso de Recurso de Ofício referente a duas operações de amortização de ágio envolvendo um grupo internacional de fabricação de embalagens de vidro. O principal argumento da fiscalização é no sentido de que fora utilizada pelo grupo internacional empresa interposta para emprestar o dinheiro e depois adquirir a empresa final. Ou seja, a chamada empresa veículo, no caso, OI LATAM.

Para a fiscalização, o grupo internacional poderia ter adquirido a empresa almejada no Brasil (empresa CIV) sem utilizar uma empresa interposta. Ao invés disso, fora emprestado dinheiro para a empresa OI LATAM, o que gerou também despesa com juros, bem como foi supostamente gerado artificialmente uma despesa com ágio. Segundo a fiscalização não seria necessário o empréstimo e não seria necessária a empresa interposta.

Com isso, a fiscalização apontou ausência de propósito comercial nas operações. A DRJ aceitou os argumentos da contribuinte, principalmente, porque mesmo fato fora julgado em 2 outras Turmas Ordinárias favoravelmente à Recorrente, aguardando agora decisão na Câmara Superior.

Segue resumo das operações que geraram o ágio e despesa com empréstimo.

1. OI LATAM recebeu empréstimo internacional de OI MANUFACTURING NETHERLANDS BV
2. OI LATAM incorporou ICAL (dona da CIV). Em 29/04/2011. Gerou Ágio.
3. Um mês depois, 30/05/2011, OI LATAM adquiriu da empresa MASA 20,6% da OI Brasil (comprou ações de minoritários), sendo que a OI internacional já tinha 78,61% da OI BRASIL.
4. OI BRASIL INCORPOROU OI LATAM. 06/11/2011.

Nesse sentido, o presente processo trata-se originariamente de Autos de Infração para a cobrança de valores a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), sob a alegação de que a Recorrida teria realizado deduções indevidas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL nos anos-calendário de 2014 e 2015, referentes à **amortização de ágio por rentabilidade futura pago na aquisição de investimento e juros de empréstimo externo contraído para a aquisição do referido investimento**, culminando (i) no lançamento de R\$ 52.629.459,83, a título de principal de IRPJ, e de R\$ 18.963.885,54, a título de principal de CSLL.

Perante o CARF trata-se de **Recurso de Ofício**, referente a Fatos Geradores do período de apuração de 2014 e 2015, visto que a decisão da DRJ fora favorável ao contribuinte, **não tendo sido apresentada contrarrazões ao Recurso de Ofício pela contribuinte.**

As operações objeto dos referidos Autos de Infração já foram julgadas por Turmas Ordinárias com relação a outros anos-base anteriores:

- **Processo 16561.720.115/2016-74** - relativo a glosas de amortizações realizadas nos anos-calendário 2011 e 2012. Atualmente, aguarda julgamento pela Câmara Superior de Recursos Fiscais; e
- **Processo 16561.720.070/2017-19** - relativo a glosas de amortizações realizadas no ano-calendário 2013. Atualmente, aguarda julgamento pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O lançamento de IRPJ atingiu o montante de R\$ 152.265.527,80, somados tributo, multa de ofício de 150% e juros. O de CSLL atingiu a monta de R\$ 54.865.667,44, também somados tributo, multa qualificada e juros de mora.

A contribuinte esclareceu que pertence ao Grupo Owens-Illinois, líder mundial na fabricação de embalagens de vidro e que no segmento de fabricação de embalagens de vidro, a expansão das atividades da empresa pode ser feita de duas maneiras:

- ***ou por meio de investimento na construção/aquisição de novos fornos e equipamentos para a fabricação dos produtos de vidro;***
- ***ou investindo-se na aquisição de empresas já existentes neste mercado - e que já possuem os fornos e a estrutura fabril necessários para a produção.***

Essa introdução é relevante para a análise sobre a questão de ausência ou não de propósito negocial no presente caso.

No tocante aos valores em discussão, correspondente às despesas de amortização de ágio glosadas pela fiscalização, tais valores amortizados nos anos-calendário de 2014 e 2015 respectivamente, estão relacionados a **dois ágios distintos** registrados pela Recorrida:

i. **ágio pago pela Owens Illinois América Latina Administração LTDA. (“OI LATAM”), na aquisição, junto à Família BRENNAND, da empresa Indústria e Comércio e Administração - ICAL S/A (“ICAL”) - que detinha 100% da Companhia Industrial de Vidros (“CIV”) -, conforme contrato de compra e venda firmado em 01/09/2010; e**

ii. **ágio pago pela Owens Illinois América Latina OI LATAM na aquisição da participação de 20,6% dos sócios minoritários, Grupo Monteiro Aranha (“MASA”), na Recorrida – conforme acordo de compra e venda de ações firmado em 30/05/2011.**

Portanto, de acordo com a fiscalização foram constatadas irregularidades abrangendo as verificações quanto ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica relativo às glosas de **amortizações de ágios em aquisições de empresas e de juros sobre empréstimos oriundos do exterior**, nos anos-calendário de 2014 e 2015 referentes a operação societária da aquisição da empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO - ICAL S/A, (doravante designada simplesmente ICAL), pela OWENS ILLINOIS AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA (OI LATAM), junto à família BRENNAND conforme contrato de compra e venda datado de 01/09/2010.

Entendeu a fiscalização que o **real interesse** nessa negociação **era a aquisição**, pelo Grupo Illinois, via OI LATAM, **da Companhia Industrial de Vidros - CIV**, até então integralmente detida pela ICAL, e que era, de fato, a empresa operacional do grupo Brennand.

Descreveu a fiscalização que a OI LATAM, em 29/04/11, incorporou a ICAL passando a ser sócia direta da CIV e que, posteriormente, na data de 30/05/11, a OI LATAM adquiriu 20,6% da OI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (doravante OI BRASIL) que era detida pela empresa Monteiro Aranha S/A (MASA).

E, finalmente, em 01/06/11, a OI LATAM foi incorporada pela OI BRASIL, incorporação reflexa, ocasião em que passou a amortizar o ágio registrado na aquisição da ICAL ocorrida em 01/09/10 e na própria OI-BRASIL, cujo restante de ações fora adquirida em 30/05/11.

Para concretizar as negociações, a OI LATAM recebeu de OI MANUFACTURING NETHERLANDS BV todo o volume de recursos necessários para a aquisição da ICAL e do restante das ações da OI BRASIL, então pertencente ao Grupo MASA, sendo que, de acordo com a fiscalização, a maior parte destes recursos foi remunerado com juros provenientes de empréstimos recebidos de empresa vinculada residente no Reino dos Países Baixos (Holanda) e a menor parte como capital.

Do exame das respostas prestadas pelo contribuinte e da documentação suporte acostada aos autos do presente exame fiscal, entendeu a fiscalização que os procedimentos adotados para a aquisição da CIV pela OI LATAM e a aquisição residual de ações da OI BRASIL, não se configuram elisão fiscal e sim evasão, cujo planejamento visaria a redução da base tributável do IRPJ e da CSLL, através do **lançamento de despesas com a amortização de ágio, bem como registro de despesas financeiras com juros, remetidos ao exterior.**

Às fls. 421 a fiscalização ilustra a cronologia dos fatos sob o aspecto de estrutura societária, bem como o fluxo financeiro, destacando que a OI MANUFACTURING NETHERLAND EMPRESTOU à OI LATAM USD 525 MILHÕES EQUIVALENTES A R\$ 914.000.000,00 E CAPITALIZOU USD 80 MILHÕES EQUIVALENTE A R\$ 139.328.000,00 EM 01/09/10 (capital passou de R\$ 69.710.514,35 para R\$ 209.038.514,35).

Ato contínuo, a OI LATAM RECEBEU EMPRÉSTIMO E CAPITAL E PAGOU PELA COMPRA DA ICAL NO DIA 01/09/10 e na sequência a FAMÍLIA BRENNAND RECEBEU R\$ 1,05 BILHÃO PELA VENDA DA ICAL DIA 01/09/10.

Em 30/05/11, para a compra de 20,6% de participação na OI BRASIL, a OI MANUFACTURING NETHERLAND EMPRESTOU R\$ 167.475.000,00. Na sequência a OI-LATAM RECEBEU EMPRÉSTIMO E PAGOU À MASA EM 30/05/11. Na sequência, a MASA RECEBEU R\$ 206.838.638,50 PELA VENDA DE 20,6% DA OI-BRASIL.

Com isso a fiscalização entendeu:

- 1) Que a incorporação da ICAL pela OI LATAM se deu em pouco mais de 8 (oito) meses após a sua aquisição com recursos oriundos do exterior por empresa vinculada;
- 2) Que 30 (trinta dias) após essa incorporação a OI EUROPEAN cedeu suas ações da OI BRASIL para a OI LATAM;
- 3) Que no mesmo dia da transferência das ações da OI BRASIL para a OI LATAM pela OI EUROPEAN, houve a aquisição do restante das ações da OI BRASIL junto à MONTEIRO ARANHA S/A (MASA) com recursos de empréstimos originários do exterior por empresa vinculada;
- 4) Que **no dia seguinte** a OI BRASIL incorporou a OI LATAM e passou a amortizar o ágio proveniente da aquisição da ICAL e da própria OI BRASIL;
- 5) Que em 2014 a CIV também foi incorporada pela OI BRASIL;
- 6) Que o grande volume de recursos para as aquisições foi tomado como empréstimo de empresa vinculada sediada na Holanda.

Entendeu a fiscalização que no presente caso não se vislumbrou propósito comercial, vislumbrando-se somente o propósito de economizar tributos, por meio, entre outros, de **incorporação reversa de empresas.**

Avaliou a fiscalização que com o procedimento de trazer o valor do exterior para a compra da ICAL/CIV e do restante de ações da OI-BRASIL, via OI LATAM, logrou a fiscalizada, ainda,

reduzir a sua base tributável com despesas de juros, em que, tendo simultaneamente internalizado o ágio e deduzido pagamento de juros.

Destacou a fiscalização que a OI MANUFACTURING NETHERLANDS, INC, financiadora do investimento na ICAL/CIV e na OI BRASIL, é uma empresa residente na Holanda e que é subsidiária integral da OI EUROPEAN. Logo, a OI LATAM, seguida pela OI BRASIL e pela OI MANUFACTURING estão sob a mesma administração central, qual seja a OI EUROPEAN.

A fiscalização relatou que entre os questionamentos efetuados a respeito da forma de aquisição da ICAL/CIV, buscou esclarecer a motivação das empresas envolvidas para realizarem a sequência das operações societárias observadas.

De acordo com a fiscalização contribuinte justificou referidas operações da seguinte maneira:

"Para o financiamento da aquisição da Sociedade Indústria, Comércio e Administração S/A (ICAL) pela Owens América Latina Administração Ltda. (OI LATAM), a contribuinte esclarece que foi necessário o ingresso dos seguintes recursos: empréstimo no valor de USD 525.000.000,00 equivalente a R\$ 914.340.000,00 concedido pela OI MANUFACTURING B V à OI LATAM; e o aumento social da OI LATAM, no valor de USD 80.000.000,00 equivalente a R\$ 139.328.000,00, pela sua sócia domiciliada no exterior, a OI EUROPEAN GROUP BV." (grifei) Totalizando USD 605.000.000,00 (seiscentos e cinco milhões de dólares americanos), equivalente a R\$ 1.053.668.000,00 (um bilhão, cinquenta e três milhões e seiscentos e sessenta e oito mil reais)." (grifei) (vide resposta datada de 13/01/15).

"Vide em anexo cópia dos contratos de câmbio n°s 10/08.698 e 10/083,696, celebrados com o Banco Bradesco, em 01/09/2010, relativos ao: (i) empréstimos, no valor de USD 525.000.000,00 (quinhentos e vinte e cinco milhões de dólares), equivalente a R\$ 914.340.000,00 (novecentos e quatorze milhões, trezentos e quarenta mil reais), concedidos pela Oi Manufacturing Netherlands B. V. à OI LATAM; e o (ii) aumento do capital social da OI LATAM, no valor de USD 80.000.000,00 (oitenta milhões de dólares), equivalente a R\$ 139.328.000,00 (cento e trinta e nove milhões, trezentos e vinte e oito mil reais), pela sua sócia domiciliada no exterior OI European Group B. V".

A fiscalização registrou que a maior parte dos recursos foi remetida para a OI LATAM através de empréstimos de uma subsidiária da OI EUROPEAN, a OI MANUFACTURING B V, e a menor parte como aporte de capital pela própria OI EUROPEAN.

A fiscalização afirmou que se houvesse a capitalização integral da OI LATAM, não existiriam os juros sobre empréstimos, ou **se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente ICAL/CIV, não havendo nenhum óbice para tanto, não existiriam nem os juros, nem a criação do ágio, concluindo que a ação deliberada foi a economia tributária, trazendo para o Brasil o ágio que, eventualmente, na Holanda não seria aproveitado.**

Em outra resposta da intimação a contribuinte respondeu:

"Vide, para tanto, extrato de contas correntes da OI LATAM, emitido pelo Banco Bradesco, demonstrando em 01/09/10, a (i) entrada do empréstimo, no valor de USD 525.000.000,00,

equivalente a R\$ 914.340.000,00 concedido pela OI MANUFATURING B V e (ii) saída para pagamento da ICAL, através de depósito no valor de R\$ 34.832.000,00 e mais 7 depósitos no montante de R\$ 140.204.210,07 (= a R\$ 981.429.470,49), conforme cláusula 2.3 (pagamento do preço de compra) do contrato de compra e venda de ações e no respectivo anexos 2.3b (anexo de distribuição) do referido contrato." (Vide resposta datada de 13/01/15).

Afirmou a fiscalização que o valor de R\$ 34.832.000,00 foi considerado como depósito de garantia e que a aquisição dos restantes 20,6% das ações, então detidas pela MASA, foram quitadas em 30/05/11 através de TED em nome do FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - PETRA (CNPJ 11.700.394/0001- 07) tida no contrato de compra e venda como a vendedora, pelo valor de R\$ 206.838.638,50.

Como motivo da sequências das incorporações a contribuinte respondeu:

"Em 01/09/10 a OI LATAM, cujo capital era detido pela OI EUROPEAN GROUP BV (99%) e OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER, INC (1%) adquiriu a totalidade das ações da ICAL, representativas de 100% de seu capital social, o qual, por seu turno, possuía a totalidade das ações emitidas pela CIA INDUSTRIAL DE VIDROS (CIV)."

Em face de referida resposta, a fiscalização afirmou que foi a OI EUROPEAN a real adquirente da ICAL, através da OI LATAM, e na verdade, a real adquirida foi a CIV, considerando que a unidade efetivamente produtora era a CIV e não a ICAL.

A fiscalização destacou, como exemplo, o teor inicial do laudo de avaliação elaborado pela KPMG que considerou como data base para o levantamento 31/08/10.

"Em setembro de 2010 a OWENS ILLINOIS AMERICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA. (OI ou CLIENTE) adquiriu a Companhia Industrial de Vidros (CIV ou Empresa) por um valor superior ao patrimônio líquido gerando um ágio pago pelo negócio."

Em continuação a sua resposta a fiscalizada a contribuinte informou que:

"Por outro lado, à mesma época, a sociedade OWENS ILLINOIS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A (OI BRASIL) tinha o seu capital detido por OI EUROPEAN GROUP BV (78,606%), OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER, INC (0,794%) terceiros residentes no Brasil (20,6%)."

Considerando: (i) o interesse do Grupo Illinois em adquirir a participação societária detida na OI BRASIL, (ii) a proposta de reorganização societária das atividades da OI LATAM e da ICAL (cujos objetos sociais compreendiam, dentre outras atividades a participação em outras sociedades), através da incorporação desta por aquela primeira, integralizando-se ambas as sociedades em uma única pessoa jurídica, com o objetivo estratégico central de fortalecer as bases de sustentação dos seus negócios, o crescimento de suas capacidades financeiras, e (iii) por entender que a referida incorporação resultaria em: a) no alinhamento dos interesses dos acionistas da OI LATAM em uma única pessoa jurídica; b) participação em uma sociedade fortalecida, que propiciaria mais acesso ao mercado financeiro e aprimoramento dos atuais padrões de qualidade, c) aumento da eficiência nas

operações, especialmente no âmbito financeiro e administrativo, com a centralização das atividades exercidas pela OI LATAM e ICAL em uma única pessoa jurídica, d) fortalecimento das bases de sustentação dos seus negócios, através do crescimento de suas atividades e maior capacidade de negócios e e) fortalecimento de seus desempenhos financeiros e otimização de acesso a capitais, alcançando a otimização dos custos administrativos com a concentração de tais sociedades em uma única pessoa jurídica, as administrações da OI LATAM e da ICAL aprovaram a incorporação desta última pela primeira em 29/04/11.

Posteriormente em 30/05/11, a OI EUROPEAN GROUP BV contribuiu na OI LATAM a totalidade das ações da OI BRASIL representativas de 78.606%, de maneira que a OI LATAM passou a ser uma das acionistas da OI BRASIL juntamente com terceiros minoritários (MASA) e na mesma data a OI LATAM, entendeu por bem adquirir o percentual de 20,6% detido por tais terceiros no capital social da OI BRASIL.

Por fim, diante do contexto de reestruturação societária acima mencionado, em 1/06/11 as administrações da OI LATAM e da OI BRASIL aprovaram a incorporação da primeira pela última, resultando em uma única pessoa jurídica e caracterizando-se como uma medida de racionalização das atividades em ambas as sociedades, flexibilização e eficiência na gestão de seu patrimônio no âmbito do processo organizacional do Grupo OI ILLINOIS no País, além de permitir a simplificação de sua estruturação societária trazendo vantagens para todos os acionistas e consideráveis benefícios às próprias sociedades de ordem administrativa, financeira e econômica com um melhor aproveitamento de recursos e uma perspectiva de expansão dos negócios.”

A contribuinte informou à fiscalização que dentre as considerações para a ação de sequência de incorporações ocorridas havia a intenção do Grupo Illinois em adquirir a participação detida na OI BRASIL e que a OI EUROPEAN já detinha, em conjunto com a BROCKWAY, cerca de 80% da OI BRASIL, sendo que o restante pertencia ao grupo brasileiro (MASA).

A fiscalização constatou que a OI BRASIL não tinha a OI LATAM como acionista e era, da mesma forma que a CIV, empresa efetivamente produtiva. Concluiu a fiscalização que nas sequências de incorporações e cessões de ações tratou-se de encaixar a OI LATAM como acionista de ambas as empresas produtivas, atraída pela possibilidade de amortização de ágio e remessa de juros.

Observou ainda a fiscalização que os códigos de atividade econômica da OI LATAM e da ICAL registrados nos cadastros da Receita Federal (CNAE-Fiscal) eram “70.20-4/-00 - Atividade de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica”.

Para esta ampla reorganização societária, a fiscalizada apresentou ainda outras alegações, a saber:

- a) a reorganização traria o fortalecimento da base de sustentação dos negócios, crescimento de suas capacidades financeiras, propiciaria maior acesso ao mercado financeiro no país e no mundo.

Sobre essa afirmação, a fiscalização, conforme abaixo descrito, interpretou que para a consolidação do Grupo OI Illinois no país e mundialmente a operação nos moldes em que foi realizada não acrescentou nenhum fortalecimento ou crescimento da capacidade financeira:

“pois até mesmo o investimento saiu de uma subsidiária OI MANUFACTURING NETHERLANDS para outra subsidiária OI LATAM, logo na consolidação mundial do grupo, teríamos saída do caixa global e entrada na conta de investimento.

Se a OI EUROPEAN tivesse recebido o empréstimo da OI MANUFACTURING NETHERLANDS e tivesse adquirido diretamente da família BRENNAND a participação na ICAL/CIV e, também a quantidade residual de ações em poder de terceiros da OI-BRASIL (à época sócia majoritária), na análise global, não seria alterado o resultado, uma vez que a consolidação patrimonial do grupo não sofreria reflexos. A única diferença seria que tanto o ágio relativo as duas aquisições, quanto a despesa de empréstimo estariam na OI European e não estariam corroendo a base tributária da empresa brasileira. Tampouco se pode falar em capacidade financeira aumentada. Soa falaciosa tal argumentação”.

b) Quanto ao alinhamento de interesses da OI LATAM em uma única pessoa jurídica também é uma questão de aparência, considerando que a OI LATAM não era uma empresa produtora, e sim uma empresa de consultoria, cuja existência, sob o ponto de vista econômico alegado, é bastante discutível.

Sobre a afirmação acima, a fiscalização interpretou que:

“Não se vê como a incorporação de consultoria e investidora poderia propiciar padrão de qualidade, uma vez que os parques industriais já estavam consolidados. No contexto, a fiscalizada cita que os procedimentos adotados trouxeram vantagens para todos os acionistas e consideráveis benefícios às próprias sociedades, de ordem administrativa, financeira e econômica, com melhor aproveitamento de recursos e uma perspectiva de expansão dos negócios. Se para o grupo econômico envolvido as vantagens obtidas nas reorganizações societárias empreendidas estavam claras, o mesmo não se pode dizer dos cofres públicos, pois os juros pagos e o ágio amortizado trouxeram vantagens financeiras e econômicas somente para os primeiros, pelo simples fato de reduzir a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, com conseqüente redução dos tributos devidos, que redundaria em maiores lucros a serem distribuídos aos sócios. (grifo nosso).

Nesse contexto, a fiscalizada argumento perante a fiscalização que:

“Diante do exposto acima, resta demonstrado que a sequência de operações acima mencionadas (iniciadas com a aquisição e posterior incorporação da ICAL pela OI LATAM) representou um movimento natural de consolidação e simplificação da estrutura societária do Grupo Owens Illinois no Brasil em razão de um objetivo estratégico central e de um propósito administrativo, financeiro, econômico e negocial consubstanciado, dentre outros, pela integração das atividades das sociedades em uma única pessoa jurídica, pelo aumento da eficiência operacional, pelo fortalecimento das bases de sustentação do negócio e pelo crescimento das atividades e capacidades financeiras do grupo no País. Além disso, temos que tal sequência evitou eventuais - e indesejadas -, diluições nas participações societárias

detidas pelos acionistas, inclusive terceiros minoritários, nas sociedades envolvidas na almejada reorganização societária"

Em face de referidas explicações da contribuinte, a fiscalização concluiu que:

"De tudo quanto alegado pela fiscalizada, é notório que os alegados fins almejados poderiam ser alcançados sem que houvesse a tomada de empréstimos do exterior, se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente da família Brennand e/ou capitalizado a OI BRASIL para este fim. Os procedimentos em foco, embora formalmente corretos, foram fraudulentos quanto ao seu propósito final, pois que engendrados com o fim exclusivo de economia tributária.

Com os procedimentos em tela o contribuinte logrou economizar tributos com a amortização do ágio transferido para o Brasil e pagamento de juros sobre valor que poderia ser capitalizado (conforme registro no Siscomex - taxa de juros de 10% a.a.) Ademais, não existe qualquer dificuldade de uma empresa estrangeira em adquirir uma empresa brasileira ou estabelecida no Brasil, aliás, tanto a OI BRASIL como a OI LATAM já tinham sócios residentes no exterior."

Com relação à análise da documentação apresentada referente à OI LATA, especificamente da compra da ICAL (01/09/2010), a fiscalização constatou que:

A negociação teve como vendedora a família Brennand, sendo o objeto da venda a Indústria, Comércio e Administração - ICAL S/A, CNPJ 10.807.881/0001-00, e a COMPANHIA INDUSTRIAL DE VIDROS LTDA - CIV, CNPJ 10.807.972/0001 46, e como compradora a OWENS ILLINOIS AMERICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA, CNPJ 09.047.776/0001-31 Entre as considerações colocadas no preâmbulo do contrato há o registro de que os vendedores (família Brennand) detinham 42.918.232 ações ordinárias, e a mesma quantidade de ações preferenciais, que representavam 100% do capital da ICAL S/A e esta por sua vez detinha 145.368.814 ações ordinárias que representavam 100% do capital da CIV.

O preço negociado constante do item 2.2 do contrato estabelece o valor de R\$ 1.050.668.000,00 (um bilhão, cinquenta milhões, seiscentos e sessenta e oito mil reais), acrescido de um valor de caixa estimado e diminuído de um valor de dívidas estimadas. Na cláusula 2.3 registra-se que os pagamentos serão efetuados primeiramente com o depósito em garantia no valor de R\$ 34.832.000,00 e depois o pagamento por TED - Transferência Eletrônica Disponível, no valor de R\$ 981.429.470,49, divididos igualmente entre os 7 (sete) sócios pessoas físicas da ICAL (família Brennand).

Com relação à documentação da compra de 20,6% das ações da Oi-Brasil, pela Oi-Latam (30/05/2011), a fiscalização analisou que:

"Tendo como vendedor o Fundo de Investimento em Participação Petra representante do grupo Monteiro Aranha S/A (MASA), foram negociadas 20,6% das ações da OI BRASIL para a OI LATAM, pelo valor de R\$ 206.838.638,29, produzindo um valor de ágio de R\$ 155.607.249,90, considerando que o valor do patrimônio líquido proporcional da Oi-Brasil

na ocasião era de R\$ 51.231.388,60 (20,6% de R\$ 248.696.061,17 - base balanço de 20/04/11)".

Com relação às alterações do contrato social da OI LATAM de 01/09/10, a fiscalização identificou que:

Foi aprovado o aumento de capital em R\$ 139.328.000,00 com emissão de 13.932.800.000 novas quotas totalmente integralizado por OI EUROPEAN. Foi decidido adquirir a ICAL junto à família Brennand, tendo como intervenientes a própria ICAL e a CIV.

Com relação a ata da OI LATAM em 29/04/11 que trata da Incorporação da ICAL a fiscalização verificou o seguinte teor:

Presentes os sócios OI EUROPEAN GROUP BV, OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER, INC e RODNEY BETTI MONTENEGRO.

Ordem do dia: nomear a APSIS Consultoria Ltda. para elaboração do laudo de avaliação. Aprovar laudo de avaliação. Aprovar incorporação da ICAL pela OI LATAM e examinar o protocolo e a justificação da incorporação.

O protocolo e a justificação da incorporação datam de 14/04/11.

O valor do patrimônio líquido da ICAL aprovado, igual a R\$ 276.841.279,37, representa a posição contábil de 31/03/2011.

Em tempo, chamo atenção para a indicação de que o patrimônio líquido avaliado pela APSIS tem apenas investimento na CIV.

Aprovada a extinção das ações da ICAL sem alteração do capital da OI LATAM, considerando que a OI LATAM era acionista integral da ICAL.

O capital da OI LATAM era detido pelos seguintes sócios: 1) OI EUROPEAN GROUP BV com 20.834.140.920 quotas no valor de R\$ 208.341.409,20 (residente na Holanda); 2) OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER com 69.700.414 quotas valorizadas a R\$ 697.004,14 (residente na Holanda); e 3) RODNEY BETTI MONTENEGRO possui 10.101 quotas a R\$ 101,01 (acionista brasileiro).

A incorporada tinha seu capital composto por 42.918.232 ações ordinárias e a mesma quantidade de ações preferenciais. Do laudo de avaliação destacam-se os valores utilizados para incorporação (quadro descrito nas fls. 437).

Percebe-se pelo laudo de avaliação da ICAL que o valor significativo em verdade se refere apenas e tão somente ao investimento na CIV, pois o valor do patrimônio líquido somado ao empréstimo à CIV perfaz integralmente o valor do investimento na própria CIV, logo, configura-se que o real interesse na aquisição era a CIV e que esta era a empresa efetivamente produtiva na organização original.

Com relação a ata da 9ª alteração do contrato social da OI LATAM de 29/04/11, referente ao aumento de capital, a fiscalização verificou que:

Nesta ata foi aprovado aumento de capital no valor de R\$ 235.611.887,88 com a emissão de 23.561.188.788 novas quotas. A integralização foi processada com a conferência de 17.443.213.419 ações que a OI EUROPEAN B.V, representativas de 78,6% da participação detida na OI BRASIL.

No ato, registra-se a renúncia dos outros sócios a esse aumento de capital.

Com relação a ata da 10ª alteração do contrato social da OI LATAM de 29/04/11, referente ao aumento de capital e retificação da 9ª alteração a fiscalização verificou que:

Preliminarmente, esta ata indica a correção dos registros da ata anterior, ou seja, as ações da OI BRASIL integralizadas como capital da OI LATAM somam 14.443.683.144 ações que correspondem a R\$ 245.322.002,14 que redundou na emissão de 24.532.200.214 novas cotas da OI LATAM.

Informa que o capital passou a ser de R\$ 454.360.516,59 correspondente a 45.436.051.649 quotas. Em seguida, um novo aumento de capital no valor de R\$ 71.775.000,00 é aprovado pelos sócios, com emissão de 7.177.500.000 novas quotas, passando o capital social de R\$ 454.360.516,59 para R\$ 526.135.516,49, agora equivalente a 526.135.551.649 quotas.

A integralização deste aumento foi efetuada em espécie na quantidade de USD 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos) equivalente a R\$ 71.775.000,00 pela sócia OI EUROPEAN, conforme contrato de câmbio de número 11/023366 datado de 30/05/11. Diante do exposto, o capital da OI LATAM apresentava a seguinte configuração:

QUADRO 2 – SÓCIOS OI LATAM (R\$)

SÓCIOS	QUOTAS	VALOR (R\$)
OI EUROPEAN B V	52.543.841.134	525.438.411,34
O. BROCKWAY GLASS CO	69.700.414	697.004,14
RODNEY B MONTENEGRO	10.101	101,01
TOTAL	52.613.551.649	526.135.516,49

A fiscalização também analisou os laudos de avaliações disponibilizados pela contribuinte.

Com relação a apuração do ágio na aquisição da ICAL, a fiscalização interpretou que:

“Baseado na aquisição em 09/10 da ICAL pela OI LATAM e para fins de apuração do ágio, foram utilizados os valores apurados na data de 31/08/10, mencionando-se que a CIV fora constituída no ano de 1958.

O seguinte balanço foi apresentado em 31/08/10”

No entendimento da fiscalização, a verdadeira intenção do Grupo OWENS era efetivamente adquirir a empresa operacional do Grupo Brennand, ou seja, a compra da CIV, pois o laudo de avaliação se reportava basicamente a esta empresa operacional.

Na sequência a fiscalização apresentou uma planilha a qual denominou de mapa de apuração do ágio:

APURAÇÃO DO ÁGIO		DESDOBRAMENTO DO ÁGIO	
VALOR DE COMPRA	1.050.668.000,00	ÁGIO IMOBILIZADO	156.177.958,00
(+) AJ. CAIXA ESTIMADO	15.408.517,49	ÁGIO INTANGÍVEL	23.700.000,00
(-) AJ. DÍVIDAS ESTIMADAS	-49.815.047,00	ÁGIO ESTOQUES	19.467.119,00
PAGO EM 01/09/10	1.016.261.470,49	ÁGIO DÍVIDAS	2.258.481,00
(-) AJ APÓS FECHAMENTO	-10.366.000,00	(-) ÁGIO IMPOSTOS	-64.802.185,00
VRF COMPRA PÓS AJ	1.005.895.470,49	ÁGIO TOTAL + VALIA	136.801.373,00
VR PLICAL	-278.481.635,07	ÁGIO RENT. FUTURA	590.612.462,00
ÁGIO APURADO	727.413.835,42	TOTAL ÁGIO	727.413.835,00

A Fiscalização também analisou a documentação apresentada referentes à OI BRASIL.

Com relação à ata “OI BRASIL DE 01/06/11”, a fiscalização verificou que se trata de ata igual à ata da OI LATAM, sendo do mesmo dia.

A fiscalização verificou que foi aprovada a incorporação da OI LATAM pela OI BRASIL pelo valor total de R\$ 223.616.893,98, valor esse equivalente ao patrimônio líquido contábil da OI LATAM na Data Base de 31 de maio de 2011. O valor supra foi calculado a partir do patrimônio líquido da OI LATAM que era de R\$ 466.315.514,94, descontada a participação da OI LATAM na OI BRASIL, conforme demonstra a conta 190120, no valor de R\$ 242.698.620,96.

A fiscalização representou a evolução da composição societária da OI BRASIL por meio do quadro abaixo:

QUADRO 5 - EVOLUÇÃO SOCIETÁRIA (R\$)

	Antes da Incorporação	Na incorporação	Depois da Incorporação
	Até 30/05/11	30/05/2011	APÓS 01/06/2011

SÓCIOS	AÇÕES	%	AÇÕES	%	AÇÕES	%
OI LATAM			22.014.965.210	99,2		
BROCKWAY	221.906.896	1%	175.724.351	0,79	233.414.002	0,523
FABIO			1	0,0025	1	0,001
RODNEY			1	0,0025	1	0,001
WAGNER			1	0,0025	1	0,001
ESPOLIO MONTEIRO ARANHA	4.438.137.913	20%				0
EUROPEAN	17.530.644.756	79%			4.431.452.792	99,465
TOTAL	22.190.689.565	100%	22.190.689.565	100	4.669.304.463	100

A fiscalização entendeu que na tabela acima é possível identificar que a fiscalizada manobrou as participações societárias de tal forma que a OI EUROPEAN, que já era a sócia majoritária com 79% das ações, passou a deter percentual superior a 99% dessas ações quando adquiriu a parcela pertencente ao espólio Monteiro Aranha. Desta forma, criou-se a possibilidade de amortização do ágio oriundo da aquisição da ICAL/CIV.

Observou ainda a fiscalização que a empresa OI LATAM possuía apenas investimentos como principal atividade.

A fiscalização também analisou os documentos de apuração de ágio na aquisição de 20,6% das ações da OI-BRASIL pela OI LATAM junto à MASA.

De acordo com a fiscalização, pelo laudo de avaliação levantado pela empresa APSIS em 01/07/11, tendo como data base de 30/04/11, foi apurado o valor do patrimônio líquido de R\$ 248.696.061,18. Deste valor apurou-se que 20,6% representam R\$ 51.231.288,50, obtendo como resultado o valor de ágio no valor de R\$ 155.607.249,90.

Com isso, a fiscalização interpretou que “fazia parte do planejamento fraudulento, com vistas a obter economia tributária, aguardar a aquisição do restante das ações da OI BRASIL, para então efetuar a incorporação da OI LATAM, pela própria empresa adquirida, no caso a OI BRASIL, procedimento efetuado em apenas 2 dias após esta negociação”.

Relatou a fiscalização que o ÁGIO TOTAL APURADO foi de R\$ 883.021.084,90 e que analisou a documentação apresentada referente à ICAL, tais como a DIPJ, entregue à Receita Federal abrangendo o período de 01/01/11 até 29/04/11, quando a ICAL foi incorporada pela OI LATAM, observando que “a ICAL aplicava todo o seu patrimônio líquido no investimento da CIV,

comprovando que o real interesse do Grupo Owens Illinois era a CIV, pois esta era a única unidade produtora do grupo ICAL”

Com relação as amortizações do ágio nos AC de 2014 e 2015, a fiscalização relatou que ao ser a contribuinte intimada a apresentar planilha em que constassem os valores dos ágios objetos da fiscalização (OI BRASIL/LATAM/ICAL e CIV/MASA), desde os seus valores iniciais, valores amortizados nos anos-calendário de 2014 a 2018, e os seus saldos a amortizar a partir de 2019, a fiscalizada apresentou um resumo cujo quadro consta às folhas 444 dos autos o qual aponta que os ágios foram amortizados nos anos de 2011 a 2018, nos valores sequencias de R\$ 51.042.000,03; R\$ 87.500.571,48 e R\$ 87.500.571,48, R\$ 88.302.108,48; R\$ 88.302.108,48; R\$ 88.302.108,48; 89.816.259,43; R\$ 88.242.453,72, restando o saldo remanescente a amortizar de R\$ 212.133.233,76.

No entanto, constatou a fiscalização que nesta resposta, a fiscalizada informou que amortizara no ano-calendário de 2014 o valor de R\$ 88.302.108,48 referente aos ágios objetos desta fiscalização (OI BRASIL/LATAM/ICAL e CIV/MASA) e que, contudo, foi identificada amortização de ágio, com efeito tributário, no ano-calendário de 2014 no Registro M300 da ECF do AC de 2014 (Lançamentos do e-LALUR Parte A - Anexo 03), na linha 152 das EXCLUSÕES (ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA (GOODWILL)), no valor diferente no montante de R\$ 87.500.571,48, tendo sai a fiscalizada intimada para esclarecer esta divergência, tendo sido respondido o que segue abaixo.

“Em decorrência das variações do ágio desde 2011, suas variações e correções na divisão por 120 meses, o valor computado anteriormente para o uso em 2014 foi de R\$ 87.500.571,48, de acordo com ECF AC 2014. Contudo ao recompormos as bases poderíamos ter amortizado um total de R\$ 88.302.108,48, o que por deliberalidade não aconteceu.”

Nesse cenário, a fiscalização concluiu que o efetivo valor amortizado em 2014 foi aquele indicado no Registro M300 da ECF do AC de 2014 (Lançamentos do e-LALUR Parte A - Anexo 03), na linha 152 das EXCLUSÕES (ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA (GOODWILL)), no valor de R\$ 87.500.571,48.

Por outro lado, a fiscalização apontou outra suposta diferença no sentido de que na sua resposta protocolizada em 24/01/2019, a fiscalizada informou que o saldo inicial dos ágios objetos desta fiscalização (OI BRASIL/LATAM/ICAL e CIV/MASA) no valor de R\$ 881.141.415,35. Contudo, a apuração da fiscalização foi no sentido de que foi calculado o valor de R\$ 883.021.084,90. Ou seja, R\$ 1.879.669,55 a mais.

A fiscalizada foi intimada a esclarecer esta divergência. Em sua resposta protocolizada em 22/02/2019, a fiscalizada informou que o motivo do saldo inicial dos ágios objetos desta fiscalização (OI BRASIL/LATAM/ICAL e CIV/MASA) passar de R\$ 883.021.084,90 para R\$ 881.141.415,35 fora devido às MOVIMENTAÇÕES POSTERIORES ÁGIO, conforme apresentado no quadro abaixo:

MOVIMENTAÇÕES POSTERIORES ÁGIO

jan-17 DEPÓSITOS JUDICIAIS CIV	8.929.451 (a)
abr-17 BAIXA MINING RIGHTS	-3.109.120 (b)
jun-18 INTANGÍVEL (MARCA CIV)	-7.700.000 (c)
SALDO INICIAL ATUAL 881.141.415	

(a) Depósitos judiciais contabilmente registrados referentes à aquisição da CIV cuja monetização se tornou impossível.

(b) Baixa integral do saldo dos direitos minerários CIV - DIREITOS NÃO EXPLORÁVEIS

(c) Baixa integral da Marca CIV

Solicitada a esclarecer cada uma das alíneas (a), (b) e (c) acima, apresentando a documentação comprobatória, a fiscalizada apresentou esclarecimentos e documentos reproduzidos às fls.447-449.

Com relação aos mútuos, a fiscalização relatou que a fiscalizada apresentou o contrato de empréstimo e três aditivos ao contrato elaborado nas datas de 24/08/10, 15/12/10, 28/02/11 e 30/05/11, e que apresentam as seguintes informações:

A) O prestador é a empresa O-I MANUFACTURING NETHERLANDS B V e o tomador a O-I AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA.;

B) O valor tomado no 1º aditamento importava em R\$ 889.822.500,00, equivalente a USD 525.000.000,00 (taxa de câmbio USD 1.00=R\$ 1,6949), valor utilizado para aquisição da ICAL junto à família Brennand;

C) Os juros acumulados até 28/02/11 somavam R\$ 39.112.863,55 que, deduzidos do imposto de renda retido na fonte de R\$ 5.866.929,53, resultam no valor líquido de R\$ 33.243.934,02 que foi adicionado ao valor total dos empréstimos, passando de R\$ 889.822.500,00 para R\$ 923.068.434,02;

D) Em 31/05/11 houve mais um acréscimo no saldo de empréstimos até então existente, passando de R\$ 923.068.434,02 para R\$ 1.090.543.434,02. Este aumento fez parte do 3º aditivo ao contrato de empréstimos no valor de R\$ 167.475.000,00, valor este utilizado na aquisição de 20,6% de participação na OI BRASIL pela OI LATAM junto à MASA;

E) Os juros foram estabelecidos inicialmente com carência de 6 (seis) meses, muito embora tenham sido calculados já a partir de 01/09/10, inicialmente, à taxa libor em USD para 6 meses acrescido de uma margem de 9% ao ano.

Em face dessas informações, a fiscalização demonstrar como foram feitos os cálculos:

1) De 01/09/10 a 18/11/10 (79 dias) USD 525.000.000,00 a 9,00319% a.a;

2) De 18/11/10 a 14/12/10 (26 dias) USD 525.000.000,00 a 7,94219% a.a;

3) De 14/12/10 a 28/02/11 (76 dias) R\$ 889.822.500,00 a 9,7850% a.a.

Total apurado = R\$ 39.112.863,55 - (IRRF) R\$ 5.866.929,53 = R\$ 33.243.934,02

F) Conforme terceiro aditivo, a dívida deverá ser quitada até 24/08/15;

G) Durante o ano-calendário de 2010 foram contabilizados juros no valor de R\$ 20.843.200,33;

H) Em 2011, juros no valor de R\$ 95.877.434,66 foram debitados a resultados, parte contabilizada na OI LATAM e parte contabilizada na OI BRASIL, em virtude da incorporação da primeira na segunda.

A fiscalização observou sobre a resposta enviada pela fiscalizada em 08/09/16 sobre a vinculação entre as empresas, especificamente entre o mutuário e o mutuante, que a empresa que concedeu o empréstimo tinha como sócia a mesma OI EUROPEAN GROUP BV. Segue abaixo referida resposta da fiscalizada.

"Informamos, ainda, que, nos anos-calendário de 2010 e 2011, a relação societária entre as empresas Owens-Illinois Manufacturing Netherlands B.V., Owens-Illinois European Group B.V. e Owens Brockway Glass Container, Inc. era a seguinte:

(a) Owens Brockway Glass Container, Inc. era sócia indireta da Owens-Illinois European Group B.V. e da Owens-Illinois Manufacturing Netherlands B.V.; e

(b) Owens-Illinois European Group B.V. era sócia direta da Owens-Illinois Manufacturing Netherlands B.V." (grifei)

A fiscalização também analisou os movimentos dos extratos bancários ocorridos quando da aquisição da ICAL/CIV, bem como a entrada do valor considerado como empréstimo e observou que os fatos se deram no mesmo dia (quadros nas folhas 452-453).

Com relação à movimentação de juros do período de 2014 e 2015, a fiscalizada foi intimada através a esclarecer os valores das despesas de juros *intercompany* declaradas no ano-calendário de 2014, com isso a fiscalização identificou que, no ano-calendário de 2014, a fiscalizada contabilizou R\$ 101.231.012,04 a título de juros remetidos para o exterior, nomeadamente para a empresa O-I Manufacturing Netherlands B.V. Também foi apresentado os recolhimentos de IR fonte no AC de 2014.

Ato contínuo, a fiscalizada informou em 11/06/2018 que houve ajuste na determinação das bases de cálculo do Lucro Real e da CSLL, no ano-calendário de 2014, com adição de R\$ 6.933.311,47 referente às regras de sub-capitalização, conforme registro M300, linha 13 da ECF correspondente.

Portanto, de acordo com a fiscalização, o valor ajustado de juros remetidos para o exterior no AC de 2014, referentes ao assunto tratado, é de R\$ 94.297.700,57.

De acordo com a fiscalização, no ano-calendário de 2015, a fiscalizada contabilizou R\$ 106.792.491,19 a título de juros remetidos para o exterior, nomeadamente para a empresa O-I Manufacturing Netherlands B.V. Segundo o quadro 14, apresentado na resposta ao TI 009,

protocolizada em 23/07/2019, no ano-calendário de 2015, a fiscalizada contabilizou R\$ 106.792.491,19 a título de juros e recolheu R\$ 16.018.873,65 de imposto de renda (15%), não efetuando nenhum ajuste (adição) na determinação do lucro real referente a estes juros.

Em face dessas análises a fiscalização entendeu que ocorreu o que denominou de “Planejamento Tributário Fraudulento”, com as seguintes conclusões:

*Da auditoria fiscal realizada conclui-se que **o grupo Owens-Illinois tinha interesse em adquirir a Companhia Industrial de Vidros - CIV e não a sua controladora INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO - ICAL S/A**, por ser a primeira uma empresa operacional, possibilitando assim um planejamento com a única finalidade de amortização de ágio. Tal conclusão é confirmada pela **incorporação da ICAL apenas alguns meses após sua aquisição**. Desta forma, **a ICAL serviu nesta operação apenas para que o ágio pago pelo grupo Owens-Illinois fosse formalmente atribuído a sua aquisição e não de sua controlada, CIV**, que por alguma razão o grupo Owens-Illinois queria manter ativa.*

Para complementar a operação fraudulenta, após 2 dias foi efetuada a aquisição de 20,6% das ações da OI BRASIL pertencentes ao Grupo MASA, a transferência das ações da OI BRASIL para a OI LATAM e a incorporação da OI LATAM (adquirente) pela OI BRASIL (incorporação reversa).

Conforme informado anteriormente, a OI LATAM não possuía recurso para suportar estas aquisições, recorrendo, para tanto, a um empréstimo, na parte mais substancial, com empresa vinculada residente no exterior e em parte menor como aumento de capital feito pela sócia majoritária, também residente na Europa, que aliás, também é sócia majoritária da empresa emprestadora.

A movimentação financeira da OI-LATAM que mostra a entrada e a saída do dinheiro no mesmo dia para aquisição da CIV, como também para a aquisição das ações residuais da OI BRASIL, já era o início do planejamento pretendido pelo grupo Owens-Illinois, cuja conclusão dar-se-ia após a incorporação da OI-LATAM pela OI-Brasil quando o grupo Owens-Illinois poderia, segundo a ótica da empresa, amortizar fiscalmente o ágio pago na aquisição da CIV e na própria OI BRASIL, por meio da sua empresa operacional e lucrativa, a OI BRASIL.

Restou comprovado pela presente auditoria fiscal que o real adquirente da ICAL/CIV foi a companhia OI EUROPEAN GROUP BV, a qual era controladora pela OI MANUFACTURING NETHERLANDS BV, ambas residentes na Holanda e pertencentes ao grupo Owens-Illinois, Inc., que disponibilizaram os recursos para a referida compra.

A forma estruturada para esta aquisição levanta algumas indagações:

a) Se o grupo Owens-Illinois possuía os recursos para adquirir a CIV, porque usar a OI-LATAM como adquirente na operação já que nunca existiu qualquer óbice para a aquisição direta?

b) Porque não fazer a capitalização da OI BRASIL e adquirir a CIV, se ambas eram as empresas operacionais, ressaltando que a OI BRASIL era controlada direta de uma empresa holandesa, assim como a OI LATAM?

Pode-se concluir que havia duas relevantes razões para fazer a operação da forma como foi feita:

- 1. A amortização fiscal do ágio pago na operação de compra, mediante sua internalização (transferência do ágio do exterior para o Brasil), tendo em vista que em menos de um ano após a aquisição, a adquirente OI LATAM, que funcionou como verdadeira empresa de passagem no processo, e a ICAL/CIV, adquiridas, haviam sido incorporadas pela OI-Brasil;*
- 2. A amortização fiscal do ágio pago na operação de compra de 20,6% das ações da OI BRASIL junto à MASA, no mesmo dia em que ocorria a transferência das ações da OI BRASIL para a OI LATAM por parte da OI EUROPEAN;*
- 3. A amortização dos ágios gerados nas transações mencionadas, nos valores de R\$ 51.042.000,03 em 2011, R\$ 87.500.571,48 em 2012, repetindo o mesmo valor em 2013, R\$ 87.500.571,48 em 2014 e R\$ 88.302.108,48 em 2015;*
- 4. Pagamento de juros pelas empresas brasileiras a suas controladoras no exterior, reduzindo ainda mais a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Somente em 2011, a OI-LATAM (R\$ 36.105.400,58) e a OI-Brasil (R\$ 59.772.051,54) pagaram R\$ 95.877.452,12 de juros à subsidiária holandesa da acionista principal das empresas brasileiras e da própria prestadora do capital. Registre-se que no ano calendário de 2012 foram lançados juros no valor de R\$ 102.447.657,23 e em 2013 pelo valor de R\$ 101.624.800,57. No presente Auto, são lançados os valores de R\$ 94.297.700,57 (2014) e R\$ 106.792.491,19 (2015).*

Com os dados apresentados, fica clara a significativa economia tributária proporcionada nos procedimentos executados.

A companhia que emprestou o vultoso valor à OI LATAM para a aquisição da ICAL/CIV, a OI MANUFACTURING NETHERLANDS BV, era controlada pela OI EUROPEAN GROUP BV, que também controlava a OI LATAM e a OI BRASIL à época.

Conclui-se da análise da documentação acostada aos autos do presente procedimento fiscal a utilização das empresas ICAL e OI LATAM (duas empresas com objetos sociais de administração) para permitir que parte do grupo OI ILLINOIS, Inc., sediado na Holanda, trouxesse para o Brasil o ágio gerado na aquisição das empresas brasileiras ICAL/CIV (internalização de ágio) com a consequente economia tributos.

*Além disso, **a empresa holandesa logrou receber juros dos empréstimos ao mesmo tempo em que economizava tributos quando da redução do lucro tributável no Brasil através da apropriação da despesa financeira.***

É de se registrar que as leis n° 11.638/07 e 11.941/09 introduziram o Brasil na contabilidade internacional e com essa padronização universal podemos afirmar que a prática contábil no exterior não aproveita ágios porque trata os ajustes de investimentos via "impairment" ou seja, pratica testes de avaliação no investimento.

*No Brasil, **à época dos fatos narrados ainda era possível diminuir tributos por amortização no ágio**, através da utilização da legislação tributária vigente até 31/12/2007, indicando neste contexto, a motivação para trazer para o Brasil o ágio e aqui aproveitá-lo.*

Fica claro que para o contribuinte poder utilizar a amortização do ágio com o fim de diminuir sua carga tributária deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Para isso o ágio deve ter efetividade e legitimidade, o que não é o caso, pois quem efetivamente pagou foi a empresa sediada na Holanda e o objeto da venda foi efetivamente a CIV e não a ICAL.

Estamos nos referindo aos artigos 386, 391 do RIR/99, em vigor nos anos calendário de 2014 e 2015:

(...)

Não se trata aqui de negar a existência do ágio gerado na operação. Tampouco de imputar ilegalidade da forma como foi feita.

Trata-se em verdade de demonstrar que **o único propósito para a participação das empresas OI LATAM e OI Brasil como adquirentes da ICAL/CIV e da quantidade residual de ações da própria OI BRASIL foi permitir aos seus acionistas estrangeiros usufruírem benefício fiscal não contemplado pelo ordenamento jurídico do país de seu domicílio.**

Cumpramos as condições de dedutibilidade do ágio de acordo com o sistema tributário brasileiro vigente à época dos fatos narrados. **Como regra geral tem-se a impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investida, conforme determinado expressamente no art. 391 do RIR/1999.**

(...)

Existem, contudo, duas exceções a esta regra, dois eventos em que a investidora pode se aproveitar tributariamente do ágio contabilizado:

(1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio;

(2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Aplica-se, na presente ação fiscal o segundo caso, quando a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

O ágio pode se tornar dedutível através de sua amortização, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida, conforme dispositivos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, incorporados ao RIR/1999 por meio de seus arts. 386 e 385.

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que a confusão patrimonial entre investidora e investida se revela como fato condicionante para que a amortização do ágio pago na aquisição do investimento se torne possível por ocasião de incorporação, cisão ou fusão. **A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento do ágio, e nos casos de incorporação, cisão ou fusão, a extinção do investimento somente ocorre quando os patrimônios da investidora e da investida se encontram (ou se confundem).**

*Percebe-se claramente, que para que haja a confusão patrimonial, condição exigida pela norma legal para a dedutibilidade do ágio, investidora e investida têm que integrar uma mesma universalidade: A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio. O que não é o caso em questão. **Não houve confusão patrimonial entre a investidora no caso a e a investida.***

*Existe jurisprudência consolidada na Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, relacionada com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, **afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.***

*Cite-se, por exemplo, os acórdãos nº 9101-002.962, nº 9101-003.132, nº 9101002.304, nº 9101002.312, nº 9101002.428 e nº 9101002.470, valendo transcrever o trecho a seguir que trata da figura **do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente**, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos já transcritos arts. 385 e 386, da Lei nº 9.532/97 e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo*

"SENTIDO EM CLAMAR-SE PELA DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS DECORRENTES DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INSTITUÍDA PELO ART. 386 DO RIR/1999"

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

(...)

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento

original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No relatório do grupo verifica-se que existe uma única direção econômica que é responsável pela estratégia global do grupo, no caso a própria OI EUROPEAN.

Conforme dito até aqui, o art. 386 do RIR/99 traz a única possibilidade de computar a despesa de amortização de ágio na determinação do lucro real, que é a pessoa jurídica que absorver o patrimônio da outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo 385 do RIR/99, mesmo que a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detinha a propriedade da participação societária.

*Com esse foco, **as remessas de dinheiro foram concentradas na OILATAM, para aquisição da ICAL e do restante das ações da OI-BRASIL (em poder da MASA) para posteriormente ser incorporada pela controlada OIBRASIL** objetivando buscar o enquadramento no art. 386 do RIR/99.*

É de se registrar, como regra geral, que o RIR/99 impede a dedução do ágio decorrente da aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido (art. 391), ressalvada a hipótese de adicionar o valor do ágio ao valor contábil do investimento para efeito de

determinar o ganho ou a perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliada pelo patrimônio líquido (art. 426). Logo, a única possibilidade de deduzir a amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL dá-se na situação em que a pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual tenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou em que a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detinha a propriedade de participação societária e adicionalmente, que o ágio tenha sido fundamentado em rentabilidade futura (art. 386).

A aquisição de participação societária com ágio ou deságio é uma transação de capital, entre sócios, que não envolve as atividades normais da empresa e, portanto, não deve influenciar o resultado (art. 391) assim como a equivalência patrimonial apurado sobre os resultados da adquirida/ investida.

No caso, com a incorporação da OI-LATAM e sua conseqüente extinção os resultados das atividades da controladora OI-LATAM absorvidas pela controlada OI-BRASIL passaram a ser apuradas dentro da mesma empresa, não havendo mais a transmissão de resultados de uma para outra empresa via mecanismo da equivalência patrimonial. Assim, tornando-se um só patrimônio líquido o fenômeno da "confusão patrimonial" é consagrado.

Lembro que a OI LATAM era uma empresa com objeto social de participação em outras empresas e que a OI BRASIL era efetivamente a grande e importante representante do patrimônio da OI LATAM.

Para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento através dos institutos da incorporação, fusão ou cisão entre empresas: a que arcou efetivamente com o desembolso do investimento e a que foi realmente adquirida de terceiros vendedores. Ou seja, instituiu um disciplinamento para a tributação de um negócio jurídico particular que culmina em uma confusão patrimonial, em que não há mais distinção entre os patrimônios das empresas controladora e controlada.

Neste aspecto, cabe transcrever a ementa do Acórdão nº 9101-003.132 de 03 de outubro de 2017, da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a "confusão patrimonial", advinda do processo de incorporação, não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

No caso em análise, a opção do grupo OI não foi pela extinção do investimento. O ágio apurado na compra da ICAL e do restante das ações da OI-BRASIL detidas por terceiros concentrou-se na única empresa originariamente produtiva do grupo OI que era a OI

BRASIL, para onde foi, afinal, a real empresa adquirida e produtiva CIV (pertencente à ICAL). Ou seja, o investimento não foi extinto.

*Poderia haver, ainda, a alegação de que o tesouro nacional não sofreu nenhuma perda com o procedimento adotado, uma vez que o valor amortizado é o mesmo, quer tenha sido amortizado pela utilização do planejamento executado quer seja pelo real investidor. **Como se viu, o real investidor está sediado fora do território nacional (OI EUROPEAN) e o real investido foi a CIV (pertencente à ICAL e empresa efetivamente produtiva).***

E mais, da forma como foi estruturada a operação, logrou o grupo econômico adquirente incrementar a redução da base de cálculo de tributos mediante o aproveitamento de despesa com juros pagos, que, da mesma forma que o ágio, não existiriam, caso a aquisição tivesse sido realizada diretamente pela OI EUROPEAN, sem interposição de empresas brasileiras.

Com isso, o meio utilizado para dar aparente legalidade ao enquadramento no dispositivo legal mais favorável ao contribuinte foi claramente uma série de operações sucessivas simuladas.

A característica essencial da simulação é o vício de vontade, é a vontade das partes dissimulada, de modo a intencionar um resultado diverso daquele declarado ou diverso daquele para o qual se destina o ato jurídico praticado. Mais modernamente, a simulação também pode ser entendida como um vício de causa, quando os motivos dos atos jurídicos praticados não se coadunam com os motivos para os quais os atos se destinam, ou com os motivos alegados para a prática desses atos.

Segundo Clóvis Bevilacqua, "simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado". Já para Carlos Roberto Gonçalves, "simulação é uma declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado".

No caso concreto, observa-se claramente a existência de uma sequência de negócios formalizados simulados, que carecem de essência, e de um resultado oculto que ao final culminou com o negócio pretendido.

Entretanto, a forma escolhida gerou efeitos tributários diretamente decorrentes dos atos simulados, que não podem subsistir. É notório que a simulação e a falta de propósito negocial estão intimamente ligadas no presente caso.

Assim prescreve o Código Civil quanto à simulação: Código Civil - Lei 10.406/2002:

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

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; -contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

(...)"

No Direito Tributário, acompanhando a doutrina civil, também os atos praticados pelos contribuintes devem seguir suas finalidades inerentes, não sendo admissível a prática de atos visando alterar ou ocultar as características e a ocorrência do fato gerador.

Sendo assim, não podem subsistir atos ou negócios cujo único propósito seja o de diminuir a tributação incidente sobre rendimentos definidos em lei como fatos geradores do imposto, ainda que esses atos ou negócios tenham sido revestidos por formalidades legais, mas não tenham substância econômica, tornando-se meros atos e negócios dissimulatórios visando ultrapassar limites legais claros.

Além disso, a Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) regula os limites dos direitos e deveres dos sócios e acionistas nas práticas envolvendo pessoas jurídicas.

Em seu art. 116, parágrafo único, destaca-se:

“Art. 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

Como se observa pelo próprio dispositivo legal, a utilização de pessoa jurídica deve atender ao seu objeto e cumprir sua função social, qual seja a de produzir riqueza por meio do desempenho de seu objeto social ao longo do tempo.

Resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico não admite o uso indiscriminado da personalidade jurídica, não admite a interposição simulada de pessoa na compra de participações societárias, não admite a organização de operações estruturadas com fins meramente fiscais.

O art. 149, inc. VII, do Código Tributário Nacional, claramente determina o lançamento de ofício nos casos em que se constate fraude, dolo ou simulação, hipóteses plenamente aplicáveis ao caso concreto aqui analisado.

(...)

*Por fim, **esta fiscalização não contesta os atos jurídicos praticados, mas as verdadeiras repercussões tributárias dos fatos subjacentes.** (grifos nossos).*

Na sequência, a fiscalização passou a discorrer sobre as exclusões, as quais julgou serem indevidas, de despesas de juros decorrentes das operações, que julgou serem fraudulentas, nos seguintes termos:

O planejamento tributário fraudulento discutido acima, cujo único propósito foi o de economizar tributos, por meio, entre outros, de incorporação reversa de empresas, através da amortização do ágio, também teve o condão de reduzir as bases tributáveis dos anos-calendário de 2014 e 2015 através das exclusões indevidas de despesas de juros.

*As despesas com juros pagos provocaram redução indevida da base de cálculo de tributos, pois **caso a aquisição da ICAL/CIV tivesse sido realizada diretamente pela OI EUROPEAN***

sem a interposição fraudulenta de empresas brasileiras (OI LATAM e OI BRASIL), não haveria despesas de juros a ser aproveitado pelas empresas no Brasil.

Tendo sido demonstrado que o real adquirente da ICAL/CIV e das ações da OI Brasil foi a empresa holandesa OI Manufacturing Netherlands B. V., os juros referentes ao empréstimo contratado para financiar tais aquisições somente seriam dedutíveis por esta empresa holandesa. A empresa veículo OI LATAM, utilizada para internalizar o ágio em estudo no Brasil, foi igualmente utilizada para internalizar o empréstimo internacional proveniente da empresa holandesa OI Manufacturing Netherlands B. V. e, desta forma, fraudulentamente reduzir a carga tributária da fiscalizada no Brasil.

Por derradeira a fiscalização aplicou a multa art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, com aumento de percentual em razão de fraude, nos seguintes termos.

A redação do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) 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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo **será duplicado nos casos** previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”

Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, o art. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 assim define fraude:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - Da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - Das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Em análise a letra da lei temos que as três figuras têm em comum o elemento volitivo e deliberado de praticar ato prejudicial ao Fisco, como demonstram as expressões “toda ação ou omissão dolosa” - arts. 71 (sonegação) e 72 (fraude) e “ajuste doloso” -art. 73 (conluio).

As três hipóteses de qualificação da multa estão diretamente ligadas a dolo – apurado em procedimento administrativo – no sentido de lesar o Fisco.

A partir do detalhamento das operações estruturadas de reorganização societária aqui analisadas, verifica-se que as operações societárias foram compostas por diversas etapas complexas cuidadosamente planejadas e encadeadas.

Analisando o art. 72 da Lei nº 4.502/64, que define fraude fiscal, verificase primeiramente, que há a necessidade de ação ou omissão do contribuinte tendente a, no presente caso, modificar características essenciais do fato gerador.

Trazendo elementos doutrinários, podemos concluir que os elementos essenciais do fato gerador são aqueles que compõem a matriz de incidência do crédito tributários, ou seja, o critério material que é o fundamento jurídico da incidência, o critério temporal que se traduz no momento da ocorrência do fato gerador, e o critério quantitativo que se traduz na alíquota e na base de cálculo do tributo.

*O que se observa no presente caso é **que o contribuinte “forjou artificialmente” um conjunto encadeado de operações societárias**, ajustado para um único fito, a economia tributária, pois ao processar a sequência de concentração de recursos para as aquisições e subsequentes incorporações tinha em vista a redução da tributação, demonstrado com clareza o conhecimento da negociação em andamento e para tanto aplicando ao planejamento fraudulento formas com contornos de legalidade.*

As justificativas feitas pelo contribuinte tanto nas respostas aos questionamentos como nas motivações encontradas nas atas e protocolos das incorporações seriam também conseguidas se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente a ICAL/CVI e adquirindo diretamente a quantidade residual de ações da OI BRASIL.

Portanto, não se sustentam outras alegações a não ser que foi exatamente para transferir o ágio do exterior para dentro do país, aproveitando-se do suposto benefício da amortização do ágio, reduzindo indevidamente a base de cálculo do imposto de renda por meio de exclusão indevida na apuração do Lucro Real.

Assim, **adquirir a ICAL, com interesse real na CIV em 01/09/10, e em apenas aproximadamente 7 meses depois incorporar a ICAL pela OI LATAM (pertencente a OI EUROPEAN) com empréstimos feitos pela OI MANUFACTURING NETHERLANDS BV (subsidiária/controlada também pela OI EUROPEAN), 30 dias depois a OI EUROPEAN ceder sua participação na OI BRASIL para a OI LATAM com a aquisição da parte das ações da OI BRASIL detida por terceiros (OI BRASIL era detida pela OI EUROPEAN) e finalmente 2 dias depois efetuar uma incorporação reversa, demonstra claramente a intenção de se beneficiar da amortização do ágio, ou seja, visando apenas a economia tributária.**

É de se lembrar que as empresas realmente produtivas eram a OI BRASIL e a CIV. E mais, beneficiar a empresa do exterior, ainda que pertencente ao grupo OI Illinois com a remessa de juros que talvez não conseguisse numa aplicação em outro mercado ou outro título de investimento, conduz, inexoravelmente a um planejamento fraudulento com objetivos bem definidos, na tentativa de lograr com essa atitude, legal segundo a ótica do contribuinte, empreender fuga da tributação.

Por conseguinte, observa-se claramente a presença, no caso concreto, do segundo componente essencial da fraude fiscal: a redução do montante de imposto devido em decorrência direta do impedimento parcial de ocorrência do fato gerador. Neste caso, a criação da exclusão indevida na apuração do Lucro Real impede a ocorrência do fato gerador sobre a renda deixou de ser apresentada à tributação em face da inserção indevida de amortização de ágio.

Por fim, o último componente essencial é o caráter doloso das condutas adotadas que levaram à alteração das características essenciais dos tributos.

Portanto, a fraude aqui apontada lesou o Erário, através da redução

dolosa de pagamento de tributos de IRPJ e CSLL, a fiscalizada estava perfeitamente consciente do objetivo da sua atuação e planejou os caminhos para alcançar o objetivo.

(...)

*Face ao exposto, **fica a atuada sujeita:***

A) A retificar o Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) de sua incorporada Companhia de Bebidas das Américas – Ambev, relativo aos anos calendário de 2014 e 2015, de maneira que os dados contidos naquele livro fiscal reflitam as alterações empreendidas de ofício em face das infrações ora apontadas;

B) Ao pagamento dos tributos (IRPJ e CSLL);

C) Ao pagamento da multa de ofício incidente sobre os tributos acima, conforme detalhamento do item 5 deste Termo;

D) Ao pagamento dos juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC (artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996).

Na sequência foi lavrado o auto de infração e foi formalizada, em processo autônomo, representação fiscal para fins penais sob o nº 16561.720072/2019-70.

Em face do Auto de Infração foi apresentada impugnação na qual destacou preliminarmente *que à época dos fatos as atuações motivadas por ausência de propósito comercial eram rechaçadas pelo CARF, em razão da inexistência de previsão legal, especialmente no que se refere à glosa de despesas com juros oriundos de empréstimos externos para a aquisição de investimentos no Brasil.*

Desta forma, a Impugnante apontou para **a necessidade de se aplicar ao julgamento do presente processo a nova regra trazida pela Lei nº 13.655/2018, a qual inseriu o artigo 242 no Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”), a qual determina que as decisões administrativas e judiciais sejam proferidas em observância à orientação jurisprudencial existente à época dos fatos.**

A Impugnação também alegou que a acusação fiscal é carente de fundamentação legal, **“isso porque, na essência, a acusação descrita pela autoridade fiscal foi a de que a Impugnante deixou de adicionar à base de cálculo da CSLL despesas de amortização de ágio**

incorridas no período fiscalizado e que foram desconsideradas pela DEMAC/SP em virtude da suposta ausência de propósito negocial. Ocorre que, segundo a Impugnante, não existe dispositivo em lei que obrigasse o sujeito passivo a adicionar à base de cálculo da CSLL do ano-calendário de 2014 e 2015 despesas de amortização do ágio.

A Impugnação argumentou que o artigo 50 da Lei 12.973/14 inovou no cenário legislativo fiscal por estender as regras do IRPJ sobre amortização de ágio quando da incorporação envolvendo empresa investidora e investida, para a apuração da base de cálculo da CSLL. Todavia, segundo o entendimento da Impugnante, tal inovação é válida apenas para aquisições feitas a partir de 2015, não sendo aplicada, portanto, ao presente caso.

Com isso, a Impugnante requereu a nulidade do Auto de Infração de CSLL.

Com relação ao mérito, alegou a Impugnação que a orientação verificada na jurisprudência do egrégio CARF, correspondente à época das aquisições realizadas – anos de 2010 e 2011 -, era no sentido de que a ausência de propósito negocial e a alegação de suposto planejamento tributário abusivo não seriam motivações suficientes para que a autoridade fiscal pudesse glosar despesas legítimas incorridas pelo contribuinte, porquanto tal pretensão não encontrava amparo na legislação, sendo o lançamento vinculado aos estritos termos da lei. Nesse sentido, a então Impugnante apresentou jurisprudência do CARF da época que ocorreram as negociações e operações que geraram os ágios amortizados e pleiteou que fosse aplicado ao julgamento da Impugnação o mesmo entendimento adotado à época dos fatos pela jurisprudência administrativa, nos termos do artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB).

Por outro lado, a Impugnação argumentou que o processo seria continuação de outros processos que tratam dos movimentos dos anos-calendários de 2011 e 2012, e 2013 e que todos os atos praticados no decorrer dos aludidos TDPF foram convalidados e aproveitados no procedimento de fiscalização instaurado por força do presente TDPF-F nº 08.1.85.00-2018- 00195-4 e que quando do julgamento do Processo Administrativo nº 16561.720070/2017-19 pelo CARF, o qual tem como objeto a glosa das despesas com ágio (e com os juros de empréstimo) referente ao ano-calendário de 2013, foi dado integral provimento ao Recurso Voluntário da ora Impugnante.

Paralelamente, a Impugnante argumentou que as operações societárias realizadas pelas empresas do Grupo Owens-Illinois, envolvendo as aquisições (i) da ICAL/CIV e (ii) da participação de 20,6% do Grupo MASA na Impugnante, tiveram relevante propósito negocial, conforme descrito abaixo:

(i) a compra da ICAL/CIV, visando um crescimento de sua atuação no mercado brasileiro de forma mais rápida (em contraposição a um crescimento orgânico apenas) e

(ii) a saída dos sócios minoritários da sociedade (OI BRASIL), que, desde 2009, já demonstravam sua intenção de canalizar investimentos para outros ramos de atividade distintos do segmento de fabricação de embalagens de vidro, ramo de atividade da Impugnante.

Com relação aos empréstimos, argumentou a Impugnante *a forma de uma sócia (estrangeira ou não) injetar recursos em uma empresa brasileira é totalmente discricionária de seus sócios, não havendo qualquer impedimento legal para tanto (independentemente da necessidade de tal injeção de recursos financeiros)* e que não caberia ao fiscalizador criar regras ou requisitos legais de “financiamento” que a lei não estabeleça.

Argumentou ainda a Impugnante que a OI LATAM não teria sido constituída como uma "empresa veículo" ou que seria uma "empresa de passagem" constituída com o único propósito de registrar ágio no Brasil e se valer da regra fiscal que permite a sua amortização fiscal e que sua constituição ocorreu muito antes das negociações para a compra da ICAL/CIV e sua existência não guarda qualquer relação com o benefício fiscal de amortização de ágio, previsto na legislação brasileira, fundamentando que *com a incorporação da OI LATAM pela Impugnante (OI BRASIL), perdeu-se a oportunidade de aproveitar quarenta e seis milhões de Reais de prejuízo fiscal, de modo que não há que se cogitar na utilização da OI LATAM como empresa veículo.*

Alegou também a Impugnante que não existe na legislação brasileira dispositivo que impeça um grupo multinacional industrial de expandir as suas atividades no Brasil mediante aquisição de empresas, por meio de uma afiliada legalmente constituída e localizada no País e que no presente caso *“NÃO SE TRATA de "empresa veículo" sem atividades ou constituída apenas para adquirir investimento no Brasil*, lembrando a Impugnante que a ICAL/CIV poderia ter sido adquirida diretamente pela Impugnante, *o que não ocorreu em função apenas da participação minoritária do Grupo MASA no seu capital social e a falta de interesse destes em investir, contrair empréstimos e expandir as atividades da empresa no Brasil com a aquisição da ICAL/CIV.*

Argumentou ainda a Impugnante que a OI LATAM já possuía conta corrente em instituição financeira brasileira, *o que lhe possibilitou receber os valores necessários para a realização do investimento em território nacional* e viabilizar o depósito em garantia e a transferência de recursos (via Transferência Eletrônica de Fundos - TED) para os 07 (sete) sócios da ICAL (“Família BRENNAND”)

Aduziu a Impugnante que o fato de a OI LATAM ter necessitado de empréstimo externo para adquirir os investimentos não teria o condão de alterar a figura do investidor/adquirente nas operações realizadas e que a legislação tributária aplicável ao caso não traz vedação em relação à aquisição de investimento em empresas holding como a ICAL, tendo citado o artigo 386, caput, do RIR/99.

Argumentou a Impugnante que fora ferido o princípio da legalidade tributário porque não haveria lei proibindo os atos por ela praticados e nem lei tributando e que não poderia ser invocado o artigo 116 do CTN, destacando que nenhum dos dispositivos citado pela fiscalização autoriza que as autoridades administrativas desconsiderem os atos jurídicos praticados no presente caso.

A Impugnação também discorreu no sentido de que incorreta a alegação do fisco no sentido de que as despesas de juros seriam indedutíveis diante da possibilidade de os recursos

serem enviados como aumento de capital, argumentando que o próprio CARF *já decidiu, em situações análogas às que versam os presentes autos, que as despesas com juros de empréstimo contraído para a aquisição de participação societária visando a expansão dos negócios da pessoa jurídica são dedutíveis para fins de IRPJ e de CSLL.*

Por derradeiro, a Impugnação fundamentou que seria incorreta a aplicação da multa qualificada de 150%, atribuída aos Autos de Infração, com fundamento no artigo 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, combinado com os artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, porque não teria sido comprovado sonegação, fraude ou conluio, bem como argumento não seria devidos juros sobre as multas.

Ato contínuo, acordaram os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ de Juiz de Fora, por unanimidade de votos, julgar a impugnação procedente, exonerando-se a impugnante da totalidade do crédito tributário lançado.

Em virtude do montante do crédito tributário exonerado A DRJ Recorreu de Ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme disposição do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e da Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017.

Cientificada da decisão, a contribuinte não mais se manifestou.

Não fora apresentada contrarrazões pela PGFN.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Ricardo Piza Di Giovanni**, Relator

O Recurso de Ofício atende aos requisitos regimentais e foi interposto pela presidência da 2ª Turma da DRJ/JFA por haver exoneração de crédito tributário em montante superior a R\$ 15.000.000,00, conforme definido pela Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023, pelo que o recebo e dele conheço.

A empresa não apresentou contrarrazões ao Recurso de Ofício.

Por cautela, relembramos que a então Impugnante alegou nulidade do Auto de Infração por ausência de normas referentes ao tributo da CSLL sobre o presente caso. Ocorre que os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável

O Auto de Infração preencheu os requisitos de formalidade legais, especialmente os requisitos dispostos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, bem como as exigências previstas no art. 142 do CTN.

A então Impugnação também invocou o art. 24 do Decreto Lei nº 4657/42, incluído pela Lei 13.655/2018 (LINDB), que determina que:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A impugnação, portanto, argumentou que a jurisprudência majoritária administrativa era no sentido de que o aproveitamento do ágio seria legítimo e plenamente válido. Citou alguns números de acórdãos que seriam nesse sentido.

Ora, o contribuinte pautou-se na jurisprudência para decidir a maneira de direcionar sua gestão e quanto mais sólida a jurisprudência maior o nível de segurança jurídica e maior é, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico do país.

O Direito Tributário preocupa-se especificamente com a estabilidade jurídica e por esse motivo, dentre outros, prevê no parágrafo único do art. 100, no art. 146 e no art. 149, todos do Código Tributário Nacional, limites à aplicação de novos critérios jurídicos e limites à revisão do lançamento. Por sua vez, o sistema jurídico vem evoluindo na construção de fortalecimento da jurisprudência por meio de institutos de súmulas vinculantes, o que não se o caso.

Portanto, entendo que não se aplica no o art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Ademais, a aplicabilidade do art. 24 à amortização de ágio dependeria da comprovação da existência, ao tempo dos fatos, da "jurisprudência administrativa majoritária" a que se refere o parágrafo único daquele artigo.

De fato, a lei não descreve o conceito de "jurisprudência majoritária", mas parece correta a interpretação no sentido de que a jurisprudência deve ser dominante e pacífica.

Todavia, não se pode afirmar que existia jurisprudência dominante e estável admitindo a dedutibilidade da amortização de ágio, visto que o tema apresenta diversos debates, sendo determinante os fatos de cada caso.

Nesse sentido, voto no sentido de que seja afastada a aplicação ao caso concreto do art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Trata-se de Recurso de Ofício com o objetivo de validar tanto a decisão da DRJ como os procedimentos adotados pela contribuinte sobre despesas na apuração de IRPJ e de CSLL dos anos-calendário de 2014 e 2015 relacionadas à amortização de ágio de investimentos e juros de empréstimos externos contraídos para a aquisição dos referidos investimentos.

A fiscalização entendeu que a empresa OI LATAM fora utilizada meramente como empresa de passagem, e que a o grupo internacional Owens Illinois poderia ter adquirido diretamente a empresa CIV sem ter gerado despesas com empréstimos e ágio.

As despesas de amortização de ágio glosadas pela fiscalização estão, portanto, relacionadas a dois ágios por ela registrados:

- a. **Ágio pago** pela OWENS ILLINOIS AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA. (“OI LATAM”), **na aquisição**, junto à Família BRENNAND, da empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO - ICAL S/A (“ICAL”) – que detinha 100% da COMPANHIA INDUSTRIAL DE VIDROS (“CIV”) -, conforme contrato de compra e venda firmado em 01/09/2010;
- b. **Ágio pago pela OI LATAM** na aquisição da participação de 20,6% dos sócios minoritários, GRUPO MONTEIRO ARANHA (“MASA”), na Recorrente - conforme acordo de compra e venda de ações firmado em 30/05/2011.

Vale ressaltar que a legislação pátria permite a amortização de ágio gerado com base em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art. 386, III do RIR/99 e no caso de glosa dos valores de ágio amortizado, cabe à autoridade fiscal descrever detalhadamente os motivos que o levaram a concluir pela indedutibilidade dessa despesa.

Ou seja, necessário que a autoridade fiscal descreva os motivos que tornam a despesa de amortização do ágio indedutível, sendo que a mera identificação da amortização do ágio não é suficiente para a glosa pretendida. O simples fato de haver uma operação de aquisição com geração de ágio não é suficiente para tornar a despesa de amortização desse ágio indedutível.

O CARF vem decidindo no sentido de que nos casos referentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, há de se analisar, em **cada caso**, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos negociais que justifiquem a constituição ou utilização de pessoa jurídica já existente com o único intuito de redução de tributos.

Importante destacar que o item “a” acima fundamentou TAMBÉM a lavratura de outro auto de infração que foi objeto do processo administrativo nº 16561.720115/2016-74 e também outro auto de infração do processo 16561.720070/2017-19, ambos já julgados por turmas distintas do CARF.

Ou seja, as operações objeto do presente processo, com relação a períodos anteriores, já foram julgadas por turmas ordinárias do CARF e foram consideradas regulares,

havendo uma pequena divergência quanto à data em que poderia se iniciar a amortização do ágio relativo à aquisição da ICAL/CIV.

De fato, as decisões anteriores analisaram **questões factuais** e referidas análises foram consideradas regulares pela maioria dos julgadores. Nesse cenário nos filiamos ao entendimento da maioria dos julgadores de outras turmas ordinárias e nos filiamos aos seus fundamentos.

Entendemos que, de fato, há propósito comercial nas operações do presente caso e uma vez sendo pacífico que a contribuinte seguiu a legislação no aspecto formal, não há que se falar em aplicação do artigo 116 do CTN.

Como fundamento, adoto parte da análise do eminente conselheiro Fernando Brasil sobre exatamente a operação “a” acima descrita (Acórdão n.º 1301-004.133 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária Processo nº 16561.720115/2016-74):

“As empresas controladoras situadas no exterior já possuíam duas empresas constituídas no Brasil (OI LATAM e OI BRASIL), sendo que a única empresa que desempenhava a atividade fim do grupo (produção de embalagens de vidro) era OI BRASIL.

Portanto, não faria sentido a empresa estrangeira fazer a aquisição direta das ações da holding ICAL (ou diretamente de CIV) para possuir duas empresas distintas operando no mesmo mercado no Brasil.

Veja-se que, ao fim e ao cabo (2014), as operações no Brasil foram unificadas em uma única pessoa jurídica mediante incorporações sucessivas entre as empresas brasileiras do grupo Owens-Illinois.

Ora, nesse caso, entendo que, a despeito de qual empresa nacional foi utilizada na aquisição do investimento, era absolutamente legítima a opção dos controladores estrangeiros remeterem os recursos a quaisquer de suas controladas no país para realização da aquisição de investimento, mormente quando a investida desempenhava exatamente a atividade principal desenvolvida em âmbito mundial pelo grupo. Raciocínio diverso implicaria dizer que os controladores estrangeiros seriam obrigados a manterem duas empresas no Brasil, atuando em paralelo, nas mesmas atividades, uma vez que OI BRASIL desempenhava absolutamente a mesma atividade que CIV.

Por consequência, ao contrário do que se evidencia em muitas operações em que um investidor estrangeiro pretende ingressar no mercado nacional e poderia fazer a aquisição direta da investida e opta por primeiro constituir uma holding, no Brasil, capitalizá-la para a aquisição do investimento e depois essa holding ser incorporada pela investida, no caso concreto o que se teve foi a remessa de recursos para empresa já existente no Brasil para que pudesse expandir os negócios já desempenhados no país. E não vem ao caso se o beneficiário da remessa inicial foi OI LATAM, pois, ato contínuo, essa incorporou a holding investida (ICAL) e, no mês seguinte, foi incorporada pela empresa operacional do grupo no Brasil (OI BRASIL – ora Recorrente).

Ou seja, tanto OI LATAM (quem recebeu os recursos do exterior), quanto OI BRASIL e ICAL (holding investida) passaram a compor uma única pessoa jurídica, para, somente a partir de então, o ágio na aquisição de ICAL passar a ser amortizado pela Recorrente.

Portanto, se os recursos ingressaram em OI LATAM e essa depois foi incorporada por OI BRASIL, tais fatos são absolutamente irrelevantes, pois a amortização de ágio somente teve início a partir da confusão patrimonial entre OI LATAM, OI BRASIL e ICAL (holding investida).

É certo que o investimento do exterior poderia ter sido realizado diretamente na aquisição da holding ICAL, mas, venhamos e convenhamos, isso não seria o natural quando os controladores já possuíam empresa operacional no Brasil atuando no mesmo ramo da futura investida.

Cabe lembrar que a opção utilizada pelos controladores foi a de empréstimo a sua controlada no Brasil, e não aumento de capital, o que pode ser explicado por razões diversas (por exemplo, o objetivo de não imobilizar todo o valor investido e/ou a necessidade de fluxo de caixa futuro dos investidores, razões empresariais que, sem comprovação de simulação ou outra patologia jurídica, não têm o Fisco o direito de impor outro modelo de negócio aos envolvidos na operação somente com o intuito de maximizar a carga tributária nela incidente.

Até mesmo porque, ainda que o investimento tivesse sido realizado diretamente na investida operacional CIV, em 2014, a fusão entre CIV e OI BRASIL, ou a incorporação de uma pela outra, fariam surgir o direito à amortização do ágio independentemente do desenho inicial da operação no que diz respeito ao ingresso dos recursos no Brasil.

Portanto, não vejo qualquer vício na estrutura de aquisição do investimento.

Por outro lado, alinho-me à posição defendida pela PGFN em suas contrarrazões no sentido de que há fundamento autônomo para manutenção dessa infração, fundamento esse não abordado na decisão de primeira instância: a estrutura montada pelos detentores do real investimento realizado (empresa operacional CIV) não permite a amortização do ágio antes de 2014, quando OI BRASIL incorporou a empresa efetivamente operacional adquirida. A aquisição da holding ICAL não teve outro propósito que não fosse a antecipação da amortização do ágio que somente poderia ocorrer quando OI BRASIL e a investida operacional CIV passassem a compor uma única empresa.

De fato, a autoridade fiscal não caracterizou somente OI LATAM como empresa veículo (equivocadamente, a meu sentir): no Relatório Fiscal, em diversos pontos, ICAL é apontada como empresa veículo, tendo sido interposta entre os alienantes (Família Brennand) e a verdadeira empresa operacional investida (CIV) sem qualquer outro propósito que não fosse a redução de tributos incidente na operação. Veja-se:

Portanto, no processo nº 16561.720115/2016-74, onde foi julgado o ágio da aquisição da ICAL/CIV, a decisão foi pela regularidade da operação, fixando, contudo, um prazo de início de amortização distinto do utilizado pela impugnante. O que não objeto debate no presente caso.

Já no julgamento do litígio instaurado no processo nº 16561.720070/2017-19 a maioria dos julgadores entendeu pela total regularidade das operações da impugnante, tanto em relação ao ágio relativo à aquisição da ICAL/CIV quanto na aquisição da participação societária junto a MASA, conforme pode-se verificar, em trecho extraído do voto da ilustre Conselheira Gisele Barra Bossa, no Acórdão de nº 1201-003.203 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, abaixo transcrito:

“77. Para as doulas autoridades fiscais e julgadoras, a aquisição da ICAL/CIV deveria ter sido feita diretamente pela sócia da Recorrente no exterior (OI EUROPEAN GROUP B.V.), ao

invés da OI LATAM, e que se assim tivesse ocorrido, não haveria o registro do ágio, nem se incorreria nas despesas com juros relacionadas ao empréstimo externo tomado para a aquisição dos investimentos, as quais teriam ocasionado prejuízo aos cofres públicos, uma vez que reduziram a base tributável do IRPJ e da CSLL.

78. *Data máxima vênia, tenho que discordar por completo de tal posicionamento, vez que (i) **não cabe ao Fisco impor ao contribuinte a adoção de estrutura que seja a mais rentável aos cofres públicos;** (ii) **não cabe à fiscalização decidir se a aquisição de um negócio no Brasil deve ser feita pela empresa existente no Brasil ou por seus sócios no exterior;**(iii) **não há na legislação brasileira qualquer dispositivo que impeça um grupo multinacional industrial de expandir as suas atividades no Brasil (seria, no mínimo, um contrassenso ao desenvolvimento do país);** e (iv) **não pode o Fisco querer se valer do fato de a OI LATAM ter tomado empréstimo da O-I MANUFACTURING NETHERLANDS, B.V. para adquirir a ICAL/CIV e, posteriormente, as ações detidas pelos sócios minoritários na Recorrente, a fim de sustentar o argumento de que a aquisição da ICAL/CIV poderia/deveria ter sido feita diretamente pela OI EUROPEAN GROUP B.V., e que o procedimento adotado seria, portanto, "abusivo"ou de que o real investidor seria a OI EUROPEAN GROUP B.V.***

79. *Ora, **não existe qualquer "abuso" em optar por adquirir investimento através de empresa já existente e legalmente constituída no Brasil, mormente quando não se trata de "empresa veículo" sem atividades ou constituída apenas para adquirir investimento no Brasil.** Importante lembrar que a ICAL/CIV poderia, da mesma forma, ter sido adquirida diretamente pela Recorrente, o que não ocorreu, conforme comprovado, em função da participação minoritária do Grupo MASA no seu capital social e da falta de interesse destes em investir, contrair empréstimos e expandir as atividades da empresa no Brasil com a aquisição da ICAL/CIV.*

80. ***E o fato de ter sido necessária a concessão de um empréstimo à OI LATAM por empresa do grupo, não torna a operação feita no Brasil "sem propósito negocial" ou"abusiva", sendo perfeitamente usual, do ponto de vista econômico e de gestão de negócios, a tomada de crédito para a aquisição de investimentos relevantes (como o da ICAL/CIV que envolveu mais de 1 bilhão de reais e a aquisição da participação societária do Grupo MASA na Recorrente que envolveu mais de 200 milhões de Reais).** Nesse aspecto, evidencio que o Grupo Owens-Illinois também não dispunha de mais de 1 bilhão de Reais em 2010 para simplesmente investir na compra da ICAL/CIV e que houve todo um planejamento e endividamento financeiro no exterior para propiciar o envio de recursos à OI LATAM para que essa pudesse adquirir a ICAL/CIV – evidente, por conseguinte, o esforço financeiro.*

81. *Ainda no contexto da existência de propósito negocial para a operação e do fato de a aquisição da ICAL/CIV ter sido feita pela OI LATAM e não pela OI EUROPEANGROUP B.V., sob a perspectiva das tratativas com a Família BRENNAND para a aquisição da ICAL/CIV, a celebração e execução de contrato de compra e venda com empresa do Grupo Owens-Illinois existente e constituída no Brasil facilitava, conforme restou esclarecido, as negociações e o fechamento da compra."*

Destarte, as outras respeitáveis turmas ordinárias, ao julgar os lançamentos de exercícios anteriores, já analisaram exatamente a controvérsia acerca da aquisição da ICAL/CIV e da aquisição da participação societária junto a empresa MASA, bem como da amortização do ágio daí decorrente e consideraram não abusivas.

Nesse cenário alinho-me aos julgamentos anteriores do CARF e da própria DRJ.

Por outro lado, com relação à eventual controvérsia referente ao período (corte no tempo) em que o ágio poderia ser aproveitado, entendo que não deve ser objeto de debate. Isto porque tal discussão não foi abordada no presente lançamento tributário.

Com relação às glosas das despesas financeiras, também considero que foram regulares. Adoto as razões de decidir dos julgamentos anteriores, abaixo transcritas.

Acórdão de nº 1301-004.133 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (16561.720115/2016-74), cujo relator fora Fernando Brasil:

*“Portanto, **em decorrência do princípio da livre iniciativa, as empresas podem escolher a forma mais adequada para organizar seus negócios e obter os recursos financeiros necessários para atingir seus objetivos institucionais**, contanto que a forma escolhida não seja ilícita ou que não haja abuso de direito.*

Assim, diante a inexistência de evidências levantadas pela autoridade fiscal a caracterizar a ilicitude do contrato de mútuo ou do abuso de direito decorrente da forma escolhida para a injeção de recursos para aquisição da ICAL/CIV, entendo que não devem ser glosados os valores de despesas de juros decorrentes do contrato de mútuo celebrado com pessoa ligada sediada na Holanda.”

Acórdão de nº 1201-003.203 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (16561.720070/2017-19), relatoria de Gisele Barra Bossa:

“103. In casu, as despesas de juros incorridas pela Recorrente são despesas operacionais perfeitamente dedutíveis como base no artigo 47 supra, uma vez que decorrem de operação de empréstimo legítimo e comprovado, registrado no Banco Central do Brasil, efetivamente contraído para a aquisição de investimentos (ICAL/CIV e ações residuais da Recorrente), com vistas a expandir os negócios da empresa, o que se inseria dentre as atividades da OI LATAM, a qual originalmente contraiu a dívida (que tinha em seu rol de atividades a participação em outras sociedades) sucedida posteriormente pela ora Recorrente.”

Consequentemente, entendo ser improcedente a glosa das despesas financeiras constantes do lançamento de ofício, bem como os lançamentos referentes à CSLL, afastando assim aplicação de multas, inclusive a multa qualificada e reflexos de juros.

Diante o exposto, voto por conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de OFÍCIO, mantendo integralmente a decisão recorrida e mantendo o cancelamento do Auto de Infração.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni

ACÓRDÃO 1402-007.036 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16561.720071/2019-25

DOCUMENTO VALIDADO