



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720073/2016-71
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-011.061 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2023
Recorrente CPFL ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2016

OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. ALIENANTE. SEDE NO EXTERIOR. GANHO DE CAPITAL. IMPOSTO DEVIDO. APURAÇÃO E RECOLHIMENTO. ADQUIRENTE. OBRIGATORIEDADE.

A apuração e recolhimento do imposto devido sobre o ganho de capital de pessoa jurídica com sede no exterior, são obrigações do adquirente, no momento do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa do preçõ.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. NEGÓCIO JURÍDICO TUTELADO. FINALIDADE TRIBUTÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Tão somente o fato das operações societárias sucederem-se dentro das formalidades legais não garante, por si só, o afastamento da incidência tributária supostamente tutelado pela respectiva operação. Afinal, sem prejuízo da transação comercial propriamente, bem como dos demais efeitos jurídicos que lhes são próprios, ditos negócios poderão ser desconsiderados, para fins do restabelecimento da incidência tributária, deles excluídos indevidamente.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CUSTO DE AQUISIÇÃO. COMPROVAÇÃO.

Nos termos da legislação de regência da matéria, a comprovação do custo de aquisição de investimentos de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior em empresas nacionais poderia ser feita através dos valores registrados em sistema especificamente criado para esse fim no Banco Central do Brasil.

OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. GANHO DE CAPITAL. VALOR DA ALIENAÇÃO. ADQUIRENTE. ASSUNÇÃO DE DÍVIDAS. COMPOSIÇÃO.

A assunção de dívidas pelo adquirente compõe a base de cálculo do ganho de capital apurado.

GANHO DE CAPITAL. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INOCORRÊNCIA.

Para que o reajustamento da base de cálculo seja autorizado há que se comprovar que a fonte pagadora assumiu o ônus do imposto devido pelo beneficiário, isto é, que a fonte pagadora concordou em arcar com tal despesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (a) em primeira votação, quanto à primeira proposição do Relator, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso interposto. Vencidos os conselheiros Gregório Rechmann Júnior (relator), Ana Cláudia Borges de Oliveira e Thiago Duca Amoni, que deram-lhe provimento. O conselheiro Francisco Ibiapino Luz foi designado redator do voto vencedor; e (b) em segunda votação, tocante às proposições subsidiárias do Relator: (i) quanto à consideração do custo de aquisição do montante de R\$ 324.056.701,00, por maioria de votos, dar-lhe provimento. Vencido o conselheiro Rodrigo Duarte Firmino, que negou-lhe provimento; (ii) quanto à exclusão no cálculo do ganho de capital do valor referente ao aumento de capital realizado pela Recorrente na Jantus após a sua aquisição, no montante de R\$ 354.537.770,57, por voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Gregório Rechmann Júnior (relator), Ana Cláudia Borges de Oliveira e Thiago Duca Amoni, que deram-lhe provimento. O conselheiro Francisco Ibiapino Luz foi designado redator do voto vencedor; e (iii) quanto ao reajustamento (gross up) da base de cálculo, por maioria de votos, dar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Francisco Ibiapino Luz e Rodrigo Duarte Firmino, que negaram-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, José Márcio Bittes, Rodrigo Duarte Firmino e Thiago Duca Amoni (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da 2ª Turma da DRJ/CGE, consubstanciada no Acórdão 04-42.962 (p. 7.106), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da Resolução n.º 2402-000.651 (p. 7.264), tem-se que:

Cuida-se de Recurso Voluntário (efls. 7132/7194) em face do Acórdão n. 0442.962 - 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (MS) DRJ/CGE (efls. 7106/7121) que julgou improcedente a impugnação de efls. 6809/6864 e manteve o crédito tributário consignado no lançamento Auto de Infração IRRF no valor total de R\$ 285.537.546,63 (efls. 6729/6733) constituído em 22/08/2016 (efls. 6759/6760), conforme discriminado no Termo de Encerramento de Fiscalização (TEF) de efls. 6736/6758.

A descrição sumária da operação em apreço inaugura o TEF (efls. 6736/6758), a seguir reproduzido, *ipsis litteris*:

"[...]

1 DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA ANALISADA:

Trata-se da aquisição de empresa sediada na Espanha (JANTUS SL) controladora direta de duas empresas no Brasil, a SIIF Energies do Brasil Ltda., e a SIIF Desenvolvimento de projetos Eólicos Ltda., por parte da CPFL ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A (ERSA) sem o recolhimento, por parte da ADQUIRENTE (Energias Renováveis S/A), de Imposto de renda sobre o Ganho de Capital obtida pelos alienantes, residentes ou sediados no exterior, LIBERTY MUTUAL INSURANCE COMPANY (com sede no número 175, Berkeley Street, Boston, MA 02117, USA), BLACK RIVER CEI SUBSIDIARY 3 S.A.R.L. (com sede na 56º A Rue de Newdorf L2220 – Luxemburgo), CARBON CAPITAL MARKETS LTD (sede na 22 Billiter Street, 7 andar Londres – Reino Unido), Sr. MATTHEW ALEXANDER SWINEY (Austrália), Sra. KAREN ADANS MCCLELLON (Inglaterra) e Sr. REUBEN ZED MALTBY (Inglaterra).

É de se registrar que a ERSA foi capitalizada pela CPFL COMERCIALIZAÇÃO BRASIL LTDA, que originalmente era a adquirente da Jantus SI e que por integralização de capital repassou para a primeira.

[...]

Ao fim e ao cabo, assim conclui o TEF (efls. 6736/6758):

"[...]

4 – DA ESSÊNCIA DA OPERAÇÃO

Considerando que:

- a) a JANTUS SL não possuía nenhum funcionário ou dirigente;
- b) que a única movimentação econômica da Jantus SL eram as duas empresas sediadas no Brasil, qual sejam a SIIF ENERGIES DO BRASIL LTDA e a SIIF DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE ENERGIA EÓLICA LDA;
- c) que o único interesse do grupo CPFL era adquirir as duas empresas nacionais para obter hegemonia na produção de energias renováveis, Do exposto, entendemos que de fato a essência da operação se tratou de aquisição das duas empresas brasileiras, e não de uma empresa espanhola.

[...]

As duas SIIF declaram que em 2011 seu sócio único é a CPFL ENERGIAS RENOVAVEIS S/A, quando a incorporação da Jantus somente ocorreu em 2013.

É de se registrar, novamente, que no “protocolo de incorporação da Jantus pela CPFL Energias Renováveis S/A” consta que “ para fins específicos da legislação aplicável na Espanha, fica consignado que a Jantus não possui nenhum empregado e, portanto, a incorporação não ocasionará nenhum impacto sobre empregados”.

De tudo que foi levantado, concluímos que foram negociados com empresas do exterior a aquisição de empresas genuinamente brasileiras, pelo que entendemos ser passível de tributação sobre o ganho de capital e, pelo fato de boa parte do valor ter sido remetido ao exterior, torna o fiscalizado responsável pelo recolhimento do tributo, como detalhamos em capítulo próprio mais adiante.

[...]"

Irresignada com o lançamento de efls. 6729/6733, a Recorrente apresentou a impugnação de efls. 6809/6864, resumida na decisão recorrida conforme segue:

Preliminarmente, argúi nulidade do lançamento, pois

“(i) não foi apresentada a motivação legal para fundamentar a desconsideração da operação de aquisição da empresa Jantus, (ii) as dd. autoridades fiscais consideraram, para fins de cálculo do ganho de capital, que o custo de aquisição da participação societária teria sido zero, (iii) no cálculo do ganho de capital foi

indevidamente considerada a parcela referente o aumento de capital realizado na Jantus após a sua aquisição, e (iv) foi efetivado o reajuste (grossup) da base de cálculo do ganho de capital para o cálculo do IRRF”;

No mérito, argumenta que

- i. os fatos não se subsumem à hipótese de incidência do imposto na fonte;
- ii. a operação realizada foi regular;
- iii. deve ser respeitada a liberdade de organização;
- iv. inexistiu simulação;

Por fim apresenta seus pedidos:

Em vista de todo o exposto, a Impugnante requer, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade dos autos de infração, tendo em vista que as dd. Autoridades fiscais (i) desconsideraram um negócio jurídico sem demonstrar a motivação necessária para tanto, (ii) consideraram no cálculo do ganho de capital que o custo de aquisição da participação societária teria sido zero, (iii) consideraram no cálculo do ganho de capital a parcela referente o aumento de capital realizado na Jantus após a sua aquisição, (iv) não consideraram na apuração e no demonstrativo do crédito tributário lançado na autuação a parcela referente ao pagamento efetuado pela Impugnante em 07 de maio de 2012 e (v) porque efetivaram o reajuste (grossup) da base de cálculo do ganho de capital para o cálculo do IRRF.

No mérito, a Impugnante requer seja reconhecida a total improcedência do lançamento fiscal, tendo em vista a regularidade da operação realizada e a improcedência da exigência do IRRF.

A impugnação de efls. 6809/6864 foi julgada improcedente pela DRJ/CGE que manteve, portanto, o crédito tributário consignado no Auto de Infração (efls. 6729/6733), nos termos do Acórdão n. 0442.962 (efls. 7106/7121), sumariado na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-Calendarário: 2016

NULIDADE

O relatório fiscal e anexos descrevem com clareza os fundamentos de fato e de direito que embasam o lançamento tributário. Não há nulidade do lançamento quando não configurado óbice à defesa ou prejuízo ao interesse público.

GANHO DE CAPITAL DE PESSOA JURÍDICA COM SEDE NO EXTERIOR

A apuração e recolhimento do imposto devido sobre o ganho de capital de pessoa jurídica com sede no exterior, são obrigações do adquirente, no momento do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa do preço.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

As operações de natureza societária, mesmo que formalmente dentro dos limites legais e efetuadas segundo a vontade daqueles que detêm o poder de decisão na companhia podem ser desconsideradas para fins tributários, se não contiverem um propósito negocial que não seja simplesmente o de economia tributária. A mera regularidade formal das operações societárias não lhes confere validade para obstar uma incidência tributária, quando ausente uma justificativa fático-negocial para as essas operações.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A Recorrente foi cientificada do teor do Acórdão n. 0442.962 (efls. 7106/7121) na data de 23/05/2017 (efls. 7127/7129), e, inconformada, interpôs, em 14/06/2017 (efl. 7130), tempestivamente, portanto, o Recurso Voluntário de efls. 7132/7194, no qual esgrime,

em linhas gerais, os mesmos argumentos apresentados na impugnação de efls. 6809/6864, acrescentando, todavia, preliminar de nulidade da decisão de primeira instância (Acórdão n. 0442.962 efls. 7106/7121).

Por fim, a PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário em apreço, conforme documento de efls. 7222/7261.

Na sessão de julgamento realizada em 08 de maio de 2018, este Colegiado converteu o julgamento do presente processo em diligência.

À p. 7.601, Informação Fiscal emitida pela Unidade de Origem.

Cientificada, a Contribuinte apresentou a competente manifestação (p. 7.5).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gregório rechmann Júnior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Da Lide

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de auto de infração no qual a fiscalização exige o recolhimento de IRRF, cobrado com fundamento no artigo 26 da Lei nº 10.833/03, em razão de ganho de capital auferido, de acordo com a fiscalização, por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras na operação de venda para a Autuada, ora Recorrente, de participação societária na empresa JANTUS SL (“JANTUS”), com sede na Espanha.

De fato, assim se manifestou a autoridade administrativa fiscal:

1 - DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA ANALISADA:

Trata-se da aquisição de empresa sediada na Espanha (JANTUS SL) controladora direta de duas empresas no Brasil, a SIIF Energies do Brasil Ltda., e a SIIF Desenvolvimento de projetos Eólicos Ltda., por parte da CPFL ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A (ERSA) sem o recolhimento, por parte da ADQUIRENTE (Energias Renováveis S/A), de Imposto de renda sobre o Ganho de Capital obtida pelos alienantes, residentes ou sediados no exterior, LIBERTY MUTUAL INSURANCE COMPANY (com sede no número 175, Berkeley Street, Boston, MA 02117, USA), BLACK RIVER CEI SUBSIDIARY 3 S.A.R.L. (com sede na 56° A Rue de Newdorf L-2220 – Luxemburgo), CARBON CAPITAL MARKETS LTD (sede na 22 Billiter Street, 7 andar- Londres – Reino Unido), Sr. MATTHEW ALEXANDER SWINEY (Austrália), Sra. KAREN ADANS MCCLELLON (Inglaterra) e Sr. REUBEN ZED MALTBY (Inglaterra).

(...)

A JANTUS SL, é controladora da SIIF Energies do Brasil Ltda., e a SIIF Desenvolvimento de projetos Eólicos Ltda. A SIIF Energies por sua vez detém as sociedades de geração e comercialização de energias Formosa, Icarazinho, Paracatu, SIIF cinco, Quintanilha Machado e a SIIF Wind. Esta, última, por sua vez controla a sociedade de produção de energia da Praia Atalaia I, II, III, IV, V e VI, Curral Velho, Portal das Falésias entre outros.

(...)

Como podemos observar, a compra da JANTUS SL implicou em pagamentos cujas remessas foram destinadas ao exterior.

Em razão desses pagamentos, questionamos o contribuinte sobre o recolhimento do imposto de renda, ao que respondeu que, considerando que a JANTUS se tratava de uma empresa domiciliada na Espanha, a venda de suas quotas/ações por residentes ou não residentes no Brasil, não está sujeita, no Brasil, ao recolhimento de imposto de renda na fonte sobre o ganho de capital.

(...)

4 – DA ESSÊNCIA DA OPERAÇÃO

Considerando que:

a) a JANTUS SL não possuía nenhum funcionário ou dirigente;

b) que a única movimentação econômica da Jantus SL eram as duas empresas sediadas no Brasil, qual sejam a SIIF ENERGIES DO BRASIL LTDA e a SIIF DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE ENERGIA EÓLICA LDA;

c) que o único interesse do grupo CPFL era adquirir as duas empresas nacionais para obter hegemonia na produção de energias renováveis.

Do exposto, entendemos que de fato a essência da operação se tratou de aquisição das duas empresas brasileiras, e não de uma empresa espanhola.

Por tudo que foi aqui retratado fica claro que o objeto da negociação são empresas SIIF sediadas no Brasil, consubstanciados nas citações em relatórios de auditorias, fatos relevantes, ato de concentração, o próprio contrato de compra e venda e incorporação, laudos de avaliações, apurações de ágios e demais documentação.

(...)

6 - CONVENÇÃO BRASIL X ESPANHA

(...)

Quando foi elaborada a citada convenção modelo OCDE, a Espanha apresentou a seguinte ressalva, que nortearia os acordos que o país realizasse com outros países. Está no item 33 dos comentários OCDE ao seu modelo de convenção:

“art. 33. A Espanha reserva seu direito de tributar ganhos com a alienação de ações e outros direitos caso a titularidade dessas ações ou direitos confira, direta ou indiretamente, direito de usufruir bens imóveis situados na Espanha.”

Ou seja, a diferença de tratamento na tributação de ganhos de capital em participações societárias, entre a convenção modelo OCDE e o posterior acordo firmado com o Brasil, decorreu de ressalva feita pela própria Espanha ao modelo OCDE, pelo qual o país se reservava o direito de tributar os ganhos sobre ações se essas conferissem, direta ou indiretamente, o direito de usufruir bens imóveis situados na Espanha. O que indica que a alienação de ações que conferirem o direito de usufruir desses parques eólicos no Brasil muito provavelmente não sofreu qualquer tipo de tributação na Espanha.”

(...)

7 - CONCLUSÃO

(...)

Como já demonstrado no transcorrer deste termo, **a JANTUS SL não passava de uma empresa de caixa postal sem qualquer empregado ou mesmo dirigente e somente tinha em seus balancetes os investimentos nas empresas sediadas no Brasil**, ou seja, a SIIF ENERGIES DO BRASIL LTDA e a SIIF DESENVOLVIMENTO DE PARQUES EOLICOS LTDA., logo o que foi vendido foram as empresas brasileiras.

O real interesse do Grupo CPFL está claramente identificado como sendo o domínio das duas empresas nacionais, tanto assim, que se observa a confusão feita na contabilidade, identificando a conta contábil como SIIF e por vezes referindo-se a Jantus, que não possui nenhum patrimônio em sua sede.

Em síntese, a CPFL adquiriu as SIFs de controladores residentes no exterior, a saber: Karen McClellon (França), Liberty Mutual Insurance Co (Reino Unido), Carbon (Reino Unido), Reuben Maltby (Reino Unido), Black River (Luxemburgo), Citibank North América (USA), Matt Siney (Austrália) e outros.

Conclui-se que deve ser tributado o ganho de capital pelo valor das remessas efetuadas ao exterior para pagamento da compra das empresas pelos motivos exaustivamente descritos neste relatório.” (destaques nossos)

A Contribuinte, agora Recorrente, esgrime suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

- * nulidade da decisão de primeira instância, por falta de motivação;
- * nulidade do auto de infração, por vício material, em face da incorreta aplicação da legislação tributária, uma vez que (i) não foi apresentada motivação legal para desconsiderar a operação de aquisição da Jantus e (ii) houve a incorreta apuração da base de cálculo do IRRF supostamente devido;
- * inoportunidade da hipótese prevista na legislação tributária para incidência do IRRF;
- * regularidade da operação de aquisição da Jantus na forma em que realizada;
- * liberdade de organização; e
- * inexistência de simulação;

Formula seu pedido, a Recorrente, nos seguintes termos:

Em vista de todo o exposto, o Recorrente requer seja conhecido e provido o presente recurso, decretando-se a nulidade do auto de infração, tendo em vista que as dd. autoridades fiscais (i) desconsideraram um negócio jurídico sem demonstrar a motivação necessária para tanto, (ii) consideraram no cálculo do ganho de capital que o custo de aquisição da participação societária teria sido zero, (iii) consideraram no cálculo do ganho de capital a parcela referente ao aumento de capital realizado na Jantus após a sua aquisição, (iv) não consideraram na apuração e no demonstrativo do crédito tributário lançado na autuação a parcela referente ao pagamento efetuado pela Recorrente em 07 de maio de 2012 e (v) porque efetivaram o reajuste (gross-up) da base de cálculo do ganho de capital para o cálculo do IRRF.

Em que pese a evidente nulidade do lançamento fiscal, a Recorrente requer seja aplicado o disposto no parágrafo 3º do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, sendo caso, para que seja reconhecida a total improcedência do lançamento fiscal, tendo em vista a regularidade da operação realizada e a improcedência da exigência do IRRF.

Do Julgamento

Conforme exposto linhas acima, a Recorrente defende, em sede de preliminar, a nulidade da decisão de primeira instância, bem como a nulidade do auto de infração.

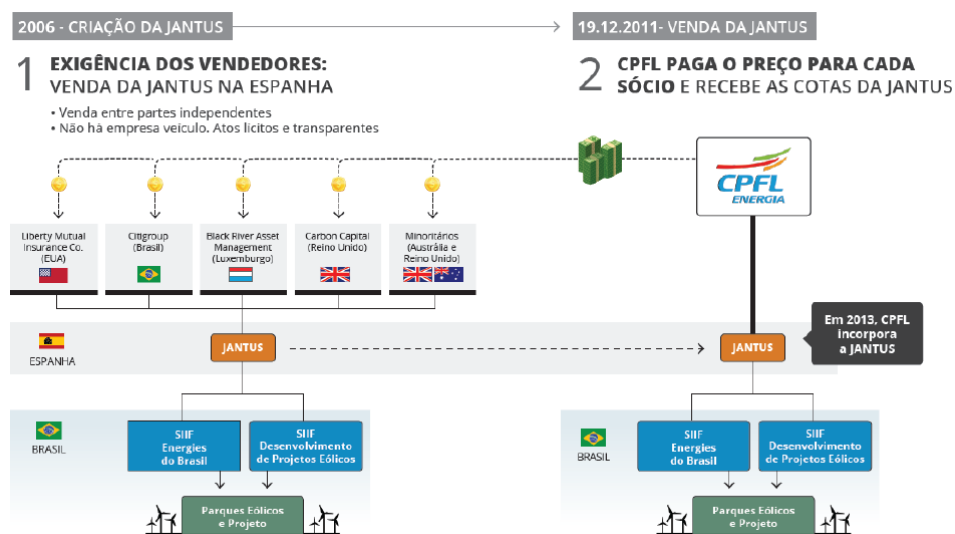
Considerando entretanto que, nos termos do § 3º, do art. 59, do Decreto n.º 70.235/72, *quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*, deixo de analisar as referidas preliminares e passo direto ao exame do mérito das razões de defesa da Recorrente.

Pois bem!

Inicialmente, cumpre destacar, conforme apontado pela Recorrente, o resumo dos fatos, *in verbis*:

- 1) em maio/2006 vários investidores de diferentes grupos econômicos e diferentes países (EUA, Inglaterra, Luxemburgo, Austrália e Brasil) reuniram-se em uma holding estrangeira (no caso a JANTUS) para adquirir alguns investimentos no Brasil;
- 2) aquela holding estrangeira (JANTUS) primeiramente adquiriu de outra holding também estrangeira (SIFELEC) 85% dos investimentos no Brasil, e só depois os outros 15%, tudo a justificar e comprovar sua existência e razão de ser, para congregar e disciplinar os interesses dos diversos sócios sob uma única jurisdição, e principalmente para que antes da aquisição dos demais 15% eles se apresentassem perante a SIFELEC como um único acionista, majoritário (a JANTUS);
- 3) muitos anos depois, em dezembro/2011, a Recorrente (terceiro não relacionado) teve interesse em adquirir aquela holding, evidentemente em face dos seus únicos ativos, consistentes nos investimentos brasileiros detidos indiretamente pelos seus sócios estrangeiros; e
- 4) os vendedores, contudo, por diversos motivos não tinham interesse em que sua holding estrangeira vendesse aqueles ativos, mas sim na venda da própria holding (1- uma vez vendidos aqueles ativos a holding estrangeira perderia completamente sua razão de ser por constituírem seus únicos ativos; 2 – sendo feita a venda da holding cada sócio receberia de imediato o valor em dinheiro a quem de direito, desvinculando-se de plano de seus antigos sócios nos investimentos, ao passo que se a holding vendesse os ativos por ela detidos seria necessário posteriormente ainda deliberar a apuração e distribuição dos lucros e dissolução da sociedade; e 3 – com a venda da holding os sócios se distanciariam do risco de eventuais contingências cíveis e trabalhistas relativas às sociedades brasileiras).

Confira-se a ilustração dos fatos acima narrados:



Neste cenário, indaga-se: poderia a Autoridade Administrativa Fiscal ter desconsiderado a efetiva operação realizada pela Contribuinte (qual seja: aquisição da Jantus), alterando tanto o objeto, como os sujeitos do negócio jurídico efetivamente realizado, tributando a operação como se estivesse diante de uma aquisição dos ativos detidos pela Jantus?

Parece-me que não, ainda mais se levarmos em consideração que, no presente caso, não houve qualquer manifestação da Fiscalização no sentido de que houve dolo, fraude e/ou simulação por parte da Contribuinte. Tanto que a multa de ofício foi aplicada no seu patamar ordinário de 75%.

A Fiscalização, entendendo que “a JANTUS SL não passava de uma empresa de caixa postal”, cuja única finalidade seria possibilitar a venda da SIIF Energies e da SIIF Desenvolvimento sem tributação do ganho de capital, bem como por acreditar que a justificativa para a constituição da JANTUS na Espanha seria a suposta fruição de economia tributária decorrente da aplicação do Tratado Brasil x Espanha, desconsiderou o negócio jurídico de compra e venda da empresa JANTUS e concluiu que a Recorrente teria adquirido das pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, quotistas da JANTUS, a participação societária nas duas empresas brasileiras SIIF Energies do Brasil Ltda. e a SIIF Desenvolvimento de Projetos de Energia Eólica Ltda.

Assim, com base em tal premissa, concluiu que a Recorrente deveria ter retido e o recolhido o IRRF sobre o ganho de capital obtido pelos estrangeiros em tal operação, em observância ao disposto no artigo 26 da Lei n.º 10.833/03, que assim dispõe:

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

Ocorre que, no entendimento deste Conselheiro, não houve alienação de bens localizados no Brasil, mas sim aquisição de uma empresa estrangeira, sediada na Espanha, a qual, sim, era controladora de empresas sediadas no Brasil.

Observe-se, pela sua importância, a sucessão cronológica dos acontecimentos:

* **SIIF Energies foi constituída no Brasil em 1999 pela sociedade francesa SIIFELEC.** Em 1998 a SIIFELEC direcionou-se para o setor de energias renováveis, tendo-se especializado em 1999 em projetos de energia eólica, ampliados em 2000 quando passou a integrar o grupo EDF Energies Nouvelles;

* os crescentes investimentos da SIIF Energies no Brasil refletiram-se nos sucessivos aumentos de capital entre os anos de 2000 e 2006 referidos na Informação Fiscal (p.p. 7606/7607);

* a 3ª alteração societária (cuja ata se encontra às p.p. 7566/7582) também consigna que em 02/05/2001 a empresa CAMBENERG – CONSULTORIA DE MEIO AMBIENTE E ENERGIA LTD, estabelecida em Lisboa, Portugal, adquiriu 10% das quotas da SIIF DO BRASIL (então renomeada para SIIF ENERGIES);

* tal situação perdurou até final de 2005, como se pode constatar, inclusive, pela tabela do “Document de Référence 2006” constante do documento referido na nota de rodapé 1, na página 302 da barra corrida, da qual consta que a SIIFELEC detinha 90% da SIIF DO BRASIL (SIIF ENERGIES) em dezembro de 2004 e 100% em dezembro de 2005, quando a CAMBENERG vendeu de volta suas quotas para a SIIFELEC, fato expressamente referido na Informação Fiscal quando reporta a 16ª alteração societária, que registrou a recompra;

* em janeiro de 2006 o Grupo EDF, revendo estratégias em âmbito global, decidiu vender seus negócios no Brasil;

* em 04/05/2006 a SIIFELEC vendeu, primeiramente, 85% de seus negócios no Brasil para a sociedade JANTUS LTD, domiciliada na Inglaterra, que em 25/06/2007 transferiu suas quotas para a JANTUS SL, empresa situada na Espanha, que por sua vez em 22/12/2008 concluiu a aquisição dos 15% restantes. Tais fatos, registre-se, estão expressamente retratados na Informação Fiscal (p. 7.608);

* assim, com relação à empresa **SIIF Energies**, tem-se que, a partir de maio de 2006, o investimento na geração de energia eólica anteriormente detido pela SIIFELEC passou a ser detido pela JANTUS, e, a partir de junho de 2007 pela JANTUS SL espanhola, que tinha como sócios, como consta do Termo de Encerramento de Fiscalização (“TEF”), as pessoas jurídicas e físicas “residentes ou sediados no exterior, LIBERTY MUTUAL INSURANCE COMPANY (com sede no número 175, Berkeley Street, Boston, MA 02117, USA), BLACK RIVER CEI SUBSDIARY 3 S.A.R.L. (com sede na 56º A Rue de Newdorf L-2220 – Luxemburgo), CARBON CAPITAL MARKETS LTD (sede na 22 Billiter Street, 7 andar-Londres – Reino Unido), Sr. MATTHEW ALEXANDER SWINEY (Austrália), Sra. KAREN ADANS MCCLELLON (Inglaterra) e Sr. REUBEN ZED MALTBY (Inglaterra)”, bem como o CITIBANK USA, domiciliado nos Estados Unidos da América, e o CITI PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA (“CITIPAR”), único quotista da JANTUS SL domiciliado no Brasil;

* com relação à SIIF Desenvolvimento de Projetos de Energia Eólica LDA, trata-se de sociedade criada em 10/10/2006 (<https://cnpj.biz/08384470000108>), portanto, quando já em curso o processo de aquisição dos investimentos da SIIFELEC no Brasil pela JANTUS.

* em abril de 2011, foi acordada a venda da JANTUS SL entre seus antigos quotistas e a Contribuinte, ora Recorrente, operação de aquisição concluída em 19/12/2011 com o pagamento do preço negociado.

Como se vê, não há qualquer irregularidade nos eventos acima narrados. Tanto que, conforme já afirmado linhas acima, a Fiscalização não apontou a ocorrência de fraude, dolo e/ou simulação por parte da Contribuinte.

O fato de a JANTUS ter sido constituída com sede na Espanha não tem qualquer relevância, no entendimento deste Relator, tendo em vista que, sobre tal fato, a Recorrente não teve qualquer correlação / ingerência. Ademais, **se fosse o caso**, caberia à Fiscalização demonstrar que, quando da constituição da referida empresa, seus cotistas já tinham a intenção de vender os seus ativos para um futuro adquirente no Brasil. Entretanto, este não é o caso!

Outrossim, afigura-se igualmente irrelevante o interesse direto (ou não) da Autuada em adquirir os ativos detidos pela JANTUS. Isto porque, fato é que, para os sócios da referida empresa, o que interessava era a venda da própria JANTUS e não apenas os seus ativos. Se assim não fosse, teríamos, aí sim, a operação imaginada pela fiscalização: aquisição, pela Autuada, de empresas nacionais.

Neste contexto, considerando que vários investidores de diferentes países (EUA, Inglaterra, Luxemburgo, Austrália e Brasil) se reúnem em uma holding (JANTUS espanhola) para gerir investimentos no Brasil e que, em momento muito posterior, a Recorrente pretende comprar, mas que eles só estão dispostos a vender se a Recorrente comprar diretamente a própria holding estrangeira, não cabe à fiscalização brasileira simplesmente desconsiderar essa realidade, notoriamente quando não foi apontada a ocorrência de dolo, fraude e/ou simulação.

Registre-se pela sua importância que, o Professor Alberto Xavier, em edição de sua obra posterior àquela utilizada pela Fazenda Nacional em sede de contrarrazões, expressamente destacou que:

É evidente que os meios humanos e materiais adequados ao exercício, por uma pessoa jurídica, de uma função de pura holding não são comparáveis aos necessários ao exercício de uma atividade industrial: enquanto a holding é um puro centro abstrato de imputação de direitos, a atividade industrial requer um estabelecimento, isto é, um complexo de pessoas e bens organizado para o exercício da empresa (art. 1.142 do Código Civil), que é a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966 do Código Civil). (XAVIER. Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8 ed. Rio de Janeiro; Forense, 2015, p. 325)

Em nota de rodapé, consta que:

Note-se que as holdings em geral foram consideradas pela OCDE instrumentos não abusivos, pelo que parece injustificável a restrição da Instrução Normativa nº 1.045/2010 segundo a qual as holdings holandesas e dinamarquesas seriam consideradas regimes fiscais privilegiados caso não desenvolvessem “atividade econômica substantiva” (XAVIER. Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8 ed. Rio de Janeiro; Forense, 2015, p. 325)

Neste sentido, é pois, a hodierna jurisprudência da C. 1ª Turma da CSRF, objeto dos Acórdãos nº 9101-005.872 e 9101-005.876, relativamente às empresas holdings. Confira-se:

(...)

O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de empresas-veículo, não basta para caracterizar fraude ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito.

(...)

Voto Vencedor

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Redator Designado

(...)

Posto isso, primeiro é certo que a estruturação de negócios de fusões e aquisições utilizando modelos que contemplam holdings e companhias especificamente criadas para promover tais transações faz parte do corolário de livre organização empresarial, mostrando-se empiricamente ágil e eficiente (fato notório dos conhecedores do mercado de M&A), inexistindo qualquer vedação legal de tal estruturação, não podendo a opção societária contaminar a dedutibilidade de uma despesa que foi legitimamente formada - independentemente de qual pessoa jurídica envolvida restou figurando como sua detentora, ao final de todas as etapas de execução do negócio.

É necessário, aqui, **o esclarecimento do conceito de Direito Comercial de empresas holdings, contemplado expressa e legalmente no §3º do art. 2º da Lei das S/A, posto que algumas de suas características próprias, tanto práticas, como jurídicas, plenamente lícitas e corriqueiras, foram indevidamente utilizadas como argumento para tal constatação de ausência de motivação extra tributária, negocial.**

Permitindo-se aqui uma tradução livre, o próprio verbo inglês to hold significa “deter”, “segurar”. Assim, sua nomenclatura já indica a sua função primordial: deter participações de outras empresas. O Prof. Modesto Carvalhosa define a razão de ser e as atividades das empresas criadas sob a rubrica de holding assim:

A entidade econômica concentracionista, que surge das coligações e do controle de outras sociedades, encontram na holding o instrumento fundamental de sua organização.

As holdings são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando, nesse caso, constituir a coligação.

Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.

(...)

Tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial.

Possui como características principais: ter seu patrimônio formado de ações emitidas por outras companhias, exercer o controle sobre elas ou delas participar em caráter permanente, com investimento relevante no seu capital. Assim, o objeto social da holding é sempre o de participar do capital de outra sociedade, como controladora ou investidora (coligação).

Nesse sentido, essa modalidade empresarial é o instrumento societário mais utilizado para a organização e operação de Grupos Empresais de ampla atuação, dado a sua simplicidade e baixo custo de constituição/aquisição, funcionamento, operacionalização e extinção.

Assim, dentro de sua condição de companhia não operacional, sem caráter comercial, mercantil, o fato de possuir a holding estrutura e correspondente gasto diminuto, assim como não contratar funcionários e desempenhar atividade mercantil, nada mais faz do que confirmar sua correta classificação societária e natureza jurídica de holding.

Destaque-se, pela sua importância, que, no caso em análise, a holding JANTUS SL, conforme já descrito linhas acima, não foi criada especificamente para viabilizar os investimentos da Recorrente, mas sim constituída na Espanha, em 2006, por terceiros não relacionados com a Contribuinte, muito antes desta adquiri-la (em 2011). Ademais, tinha seu quadro acionário composto por diversas empresas de grupos econômicos distintos situados em países diversos e detinha o controle de duas outras holdings brasileiras (SIIF Energies criada em 1999 e SIIF Desenvolvimento criada em 2006), que por sua vez controlavam as unidades eólicas operacionais.

Neste espedeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular e, por conseguinte, no reconhecimento da improcedência do lançamento fiscal, restando, assim, prejudicada a análise das demais razões recursais.

Caso, entretanto, não seja este o entendimento da maioria dos membros dessa Colenda Turma de Julgamento, impõe-se avançar na análise das demais razões de defesa objeto do recurso voluntário:

Do Custo de Aquisição

Neste ponto, defende a Recorrente que:

Na impugnação apresentada a Recorrente demonstrou, preliminarmente, a nulidade da atuação porque no cálculo realizado para apurar o suposto ganho de capital as dd. autoridades fiscais simplesmente consideraram que o custo de aquisição das participações societárias alienadas teria sido zero, sem apresentar qualquer justificativa razoável para tanto.

As dd. autoridades julgadoras não acolheram tal alegação, afirmando que para comprovar o custo de aquisição a Recorrente deveria ter apresentado o contrato social das referidas empresas ao invés dos registros existentes no sistema do Banco Central.

(...)

Novamente, vê-se a flagrante improcedência dos argumentos apresentados pelas dd. autoridades julgadoras.

Isso porque os documentos apresentados para comprovar o custo de aquisição de participação societária foram extraídos do sistema do Banco Central do Brasil e comprovam o valor registrado como Investimento Externo Direto.

E, como esclarecido em sede de impugnação, o referido registro está expressamente previsto no artigo 26 da Instrução Normativa n.º 208/02 como forma de comprovar o custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital. Confira-se:

“Art. 26. A alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.

(...)

§ 4º Na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição é:

I - apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito;”

Assim, considerando que a Receita Federal reconhece expressamente a validade de tal documento, causa estranheza o fato de as dd. autoridades julgadoras afirmarem que o documento adequado para comprovar o custo de aquisição é o contrato social.

(...)

Não obstante a flagrante improcedência da exigência formalizada pelas dd. autoridades julgadoras -- para evitar quaisquer dúvidas sobre o fato já comprovado em sede de impugnação por meio dos documentos do Banco Central do Brasil -- a Recorrente apresenta cópia da via original da 34ª alteração do contrato social da SIIF Energies do Brasil Ltda. (Doc. 02) e da 12ª alteração do contrato social SIIF Desenvolvimento de Projetos Energia Eólica Ltda. (Doc. 03). Confira-se:

(...)

Como não poderia ser diferente, os referidos documentos demonstram exatamente a mesma informação que está registrada no Banco Central do Brasil, ou seja, que o custo de aquisição das empresas SIIF Energies do Brasil Ltda. e SIIF Desenvolvimento de Projetos Eólicos Ltda. era de R\$ 322.098.936,00 e R\$ 1.957.765,00, respectivamente.

Nesse contexto, tem-se como custo de aquisição para fins de cálculo de ganho de capital o valor total de R\$ 324.056.701,00, sendo que não há qualquer justificativa legítima para que ele não seja deduzido do valor da alienação para a apuração do suposto ganho de capital e, por consequência, do IRRF.

Sobre o tema, este Colegiado, na sessão de julgamento realizada em 08 de maio de 2018, converteu o julgamento do presente processo administrativo em diligência (p. 7.264), para que a Unidade Origem validasse, em síntese, através do procedimentos e/ou medidas cabíveis, as informações constantes nos RDEs-IEDs apresentados e, por conseguinte, o custo de aquisição incorrido pela Jantus.

Em atenção ao quanto solicitado, o preposto fiscal diligente, após a realização de diligência junto à Contribuinte, bem como ao Banco Central, emitiu a Informação Fiscal de p.p. 7.601 a 7.614, por meio da qual concluiu que:

IV. DA CONCLUSÃO

Em 08/05/2018, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara do CARF, para concluir a análise do recurso voluntário, e-fls.7132/7194, converteu o presente processo em diligência para que esta autoridade fiscal, com base em documentação hábil e idônea, se pronuncie quanto ao custo de aquisição informado pela CPFL e que se baseia nas telas RDE-IED/SISBACEN de e-fls. 7040/7041, investigando a veracidade das informações ali

declaradas e se manifestando, de forma conclusiva, sobre tais valores, ocasião em que, face aos procedimentos efetuados e documentos apresentados, se dará ciência do teor da presente Informação Fiscal ao sujeito passivo e prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, para que, querendo, apresente contrarrazões antes do retorno dos autos ao CARF.

Diante das informações acima, no que mais interessa ao presente, informo que o custo de aquisição associado à operação de compra e venda das participações societárias objetos do presente processo corresponde à R\$ 322.098.936,00 para a SIIF ENERGIES DO BRASIL LTDA., CNPJ nº 03.491.252/0001-59 (Siif Energies) e R\$ 1.957.765,00 para a SIIF DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE ENERGIA EOLICA LTDA., CNPJ nº 08.384.470/0001-08 (Siif Desenvolvimento). O custo agregado corresponde à R\$ 324.056.701,00.

Neste espeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular, determinando-se o recálculo do IRRF exigido, devendo ser considerado como custo de aquisição o montante de R\$ 324.056.701,00.

Da Alegação Quanto à Indevida Inclusão no Ganho de Capital do Aumento de Capital Realizado pela Recorrente na Jantus após a Aquisição

Defende a Recorrente que *as autoridades fiscais que incluíram indevidamente no cálculo do ganho de capital o montante referente ao aumento de capital realizado pela Recorrente na Jantus após a sua aquisição.*

Sobre o tema, assim se manifestou a autoridade administrativa fiscal:

“Outra (sic) aspecto notado, bastante significativo, é que o valor do custo do investimento levou em consideração o patrimônio líquido em reais, tido como da JANTUS, sem contar com o aumento de capital efetuado em 20/12/11, no valor de Euros 145.559.659,37 equivalentes a R\$ 354.537.770,57. Dito de outra forma, a CPFL enviou o valor de R\$ 354.537.770,57 (ou 145.559.659,37€) para a JANTUS em nome dos acionistas da própria JANTUS, e a seguir a JANTUS enviou o recurso, como aumento de capital da SIIF (...)”

Razão assiste à Recorrente neste particular.

De fato, o aumento de capital em questão, tratado pela Fiscalização como parcela integrante do preço de venda, já havia sido estabelecido no próprio contrato de compra e venda. É o que se infere, pois, do disposto na cláusula 6.3 do referido contrato, *in verbis*:

“6.3 No Encerramento da Jantus:

6.3.1 os Vendedores e a Compradora farão todas as coisas que sejam delas exigidas respectivamente segundo o Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento), com exceção do Parágrafo 1.5 do Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento);

6.3.2 Imediatamente depois de ter adquirido a Sociedade, mas em qualquer caso na Data de Fechamento da Jantus como parte do Fechamento da Jantus (ou exceto se for de outro modo acordado entre a Compradora e os Vendedores Principais e, exceto em relação ao pagamento dos Custos Estimados da Transação da Jantus, os “Credores” (conforme definido nas Cédulas de Crédito Bancário)) **a Compradora deverá fazer com que: (a) o capital social da Sociedade seja aumentado** em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Compradora; (b) o capital social da SIIF Energies seja aumentado em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Sociedade;”

Conforme se infere do excerto supra reproduzido, verifica-se que, **após a aquisição da Jantus**, a Recorrente deveria realizar um aumento de capital no montante

correspondente a soma do valor dos empréstimos contraídos pelas subsidiárias da Jantus e dos custos de transação para aquisição da Jantus.

Assim, é evidente que em razão do referido aumento de capital nada foi auferido pelos vendedores da Jantus, seja porque estes não eram mais os seus proprietários, seja porque o valor remetido pela Recorrente foi diretamente para o caixa da Jantus que, em contrapartida, emitiu novas quotas do seu capital em nome da Recorrente.

Dessa forma, se os vendedores da Jantus não receberam nenhuma quantia em tal operação, outra não pode ser a conclusão senão a de que os valores remetidos pela Recorrente para aumento de capital não poderiam compor a base de cálculo do ganho de capital, uma vez que tal montante não está compreendido no valor da alienação.

Neste espeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular, excluindo-se no cálculo do ganho de capital o montante referente ao aumento de capital realizado pela Recorrente na Jantus após a sua aquisição, no montante de R\$ 354.537.770,57.

Da Alegação referente ao Indevido Reajustamento da Base de Cálculo do IRRF

Neste ponto, a Recorrente defende que não se aplica, ao caso concreto, o reajustamento da base de cálculo previsto no artigo 725 do RIR/99, a seguir transcrito para melhor análise:

Art. 725. - Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único.

Pois bem!

Nos termos do dispositivo em questão, para que o reajustamento da base de cálculo seja autorizado há que se comprovar que a fonte pagadora assumiu o ônus do imposto devido pelo beneficiário, isto é, que a fonte pagadora concordou em arcar com tal despesa.

Não é essa, entretanto, a hipótese dos presentes autos.

De fato, nos termos da Cláusula 10.3 do Contrato de Compra e Venda da Jantus, tem-se que:

10. Pagamentos

(...)

10.3 A Compradora será responsável por todos os montantes devidos e a pagar de sua parte, com respeito ao Preço de Compra da Jantus e/ou Preço de Compra da Jantus II, mas não por qualquer obrigação Fiscal incorrida diretamente por qualquer Vendedor, em consequência do pagamento do Preço de Compra da Jantus e/ou Preço de Compra da Jantus II.

Conforme se infere do excerto supra reproduzido, restou expressamente previsto que todas as obrigações fiscais decorrentes do pagamento de compra da Jantus serão de responsabilidade apenas e tão-somente dos vendedores.

Dessa forma, entendo que não há amparo legal para o reajustamento da base de cálculo do IRRF, tal como realizado pela Fiscalização, impondo-se, por conseguinte, o provimento do recurso em análise também neste ponto para cancelar o reajustamento (*gross up*) da base de cálculo.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, cancelando-se o lançamento fiscal, tendo em vista que não há que se falar em alienação de bens localizados no Brasil na operação de aquisição de uma empresa estrangeira controladora de empresas sediadas no Brasil, notoriamente quando a Fiscalização não aponta a ocorrência de fraude, dolo e/ou simulação por parte do contribuinte.

Considerando, entretanto, que fui vencido neste ponto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para: (i) que seja considerado como custo de aquisição o montante de R\$ 324.056.701,00; (ii) que seja excluído no cálculo do ganho de capital o valor referente ao aumento de capital realizado pela Recorrente na Jantus após a sua aquisição, no montante de R\$ 354.537.770,57; e (iii) cancelar o reajustamento (*gross up*) da base de cálculo.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Júnior

Voto Vencedor

Conselheiro Francisco Ibiapino Luz, Redator designado.

Contrariamente ao bem articulado entendimento do i. Relator, com todas as vênias que possam me conceder os nobres julgadoras que o acompanharam tanto na proposta inicial de dar provimento integral ao recurso voluntário interposto como naquela subsidiária tocante ao provimento parcial atinente ao aumento de capital que a Recorrente realizou na quantia de R\$ 354.537.770,57, na hipótese vertente, vislumbro conclusão diversa, conforme se discorrerá na sequência.

Do provimento integral ao recurso voluntário interposto

Inicialmente, vale replicar a conclusão do voto condutor da decisão vencida, que proveu o recurso interposto pela Recorrente sob o pressuposto de que dita transação societária transcorreu dentro dos estritos regramentos estabelecidos pela legislação, razão por que, nas palavras do Relator, o crédito constituído deverá ser integralmente cancelado, nestes termos:

Destaque-se, pela sua importância, que, no caso em análise, a holding JANTUS SL, conforme já descrito linhas acima, não foi criada especificamente para viabilizar os investimentos da Recorrente, mas sim constituída na Espanha, em 2006, por terceiros não relacionados com a Contribuinte, muito antes desta adquiri-la (em 2011). Ademais, tinha seu quadro acionário composto por diversas empresas de grupos econômicos distintos situados em países diversos e detinha o controle de duas outras holdings brasileiras (SIIF Energies criada em 1999 e SIIF Desenvolvimento criada em 2006), que por sua vez controlavam as unidades eólicas operacionais.

Neste espeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular e, por conseguinte, no reconhecimento da improcedência do lançamento fiscal, restando, assim, prejudicada a análise das demais razões recursais.

De outra parte, os argumentos retratados nas contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional traduzem relevância para o deslinde da controvérsia, pois muito bem contextualizam reportada autuação frente os fundamentos jurídicos que regem dita matéria, conforme excertos que dele passo a transcrever (processo digital, fls. 7.223 a 7.261):

III.1 Da infração praticada pela autuada

A operação objeto de tributação foi a compra pela autuada **CPFL Energias Renováveis S/A** da pessoa jurídica **Jantus SL**, que se desenvolveu nas seguintes etapas:

- (i) Em 7 de abril de 2011, a **CPFL Energia**, por meio de sua controlada **CPFL Brasil** celebrou Contrato de Compra e Venda para aquisição da totalidade das cotas do capital social da **Jantus SL**, empresa sediada na Espanha.
- (ii) Em 21 de setembro de 2011, a **CPFL Brasil** cedeu o Contrato de Compra e Venda para a controlada **CPFL Renováveis**.
- (iii) Em 20 de dezembro de 2011, a **CPFL Renováveis** concluiu a aquisição da **Jantus**, a qual detinha 100% do capital social da **SIIF Energies do Brasil Ltda.** e da **SIIF Desenvolvimento de Projeto de Energia Eólica Ltda.**

Assim, através da aquisição das cotas, concluída em 21 de dezembro de 2011, a **CPFL Renováveis** adquiriu, indiretamente, a totalidade do capital da **SIIF Energies** e da **SIIF Desenvolvimento**.

Todavia, verificou a fiscalização que, embora formalmente o objeto do contrato de alienação fosse a pessoa jurídica domiciliada na Espanha, os bens negociados foram duas empresas brasileiras, **SIIF Energies do Brasil Ltda.** e **SIIF Desenvolvimento de Projetos Eólicos Ltda.**

Segundo o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, a pessoa jurídica **Jantus**, uma *holding* pura sem qualquer estrutura operacional, foi interposta entre os ativos brasileiros e os seus sócios, em sua maioria não-residentes, para fins exclusivamente fiscais. A autoridade lançadora chama atenção, ainda, para as previsões do tratado Brasil-Espanha acerca da tributação de ganhos de capital que permitem que não haja tributação em qualquer dos países.

Os fatos conducentes à conclusão sobre a abusividade da conduta da autuada foram bem sintetizados na autuação:

"Considerando que:

- a) a **JANTUS SL não possuía nenhum funcionário ou dirigente;**
- b) que a **única movimentação econômica da Jantus SL eram as duas empresas sediadas no Brasil**, qual sejam a **SIIF ENERGIES DO BRASIL LTDA** e a **SIIF DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE ENERGIA EÓLICA LDA;**
- c) que o **único interesse do grupo CPFL era adquirir as duas empresas nacionais para obter hegemonia na produção de energias renováveis,**

Do exposto, entendemos que de fato a essência da operação se tratou de aquisição das duas empresas brasileiras, e não de uma empresa espanhola. Por tudo que foi aqui retratado fica claro que **o objeto da negociação são empresas SIIF sediadas no Brasil, consubstanciados nas citações em relatórios de auditorias, fatos relevantes, ato de concentração, o próprio contrato de compra e venda e incorporação, laudos de avaliações, apurações de ágios e demais documentação.**

Faz prova, também, a forma de tratamento encontrada nas declarações de imposto de renda das pessoas jurídicas que, sob nossa ótica, foram efetivamente as empresas que foram negociadas, ou seja, as SIIFs.

(... QUADRO DEMONSTRATIVO FLS. 6747 A 6748 ...)

Não bastassem as provas até aqui relacionadas, **na própria contabilidade existe a declaração que a aquisição se tratava efetivamente da SIIF**, conforme demonstrado a seguir, informando que, dentro dos valores a débito, destaca-se o valor de R\$ 823.300.000,00 e R\$ 16.316.000,00 correspondente ao valor pago na aquisição, e no movimento de créditos, o valor de R\$ 678.247,321,00 tratado

como intangível direito de autorização, que vem a ser considerado como ágio, ou seja, não se menciona a Jantus SL

(... REPRODUÇÃO DE LANÇAMENTO CONTÁBIL FLS. 6748 ...)

Ainda, como prova de que a verdadeira aquisição foi das empresas SIIF, demonstramos como foram publicadas na DIPJ das SIIFs

(... QUADRO DEMONSTRATIVO FLS. 6748 ...)

As duas SIIF declaram que em 2011 seu sócio único é a CPFL ENERGIAS RENOVAVEIS S/A, quando a incorporação da Jantus somente ocorreu em 2013. É de se registrar, novamente, que no "protocolo de incorporação da Jantus pela CPFL Energias Renováveis S/A" consta que " para fins específicos da legislação aplicável na Espanha, fica consignado que a Jantus não possui nenhum empregado e, portanto, a incorporação não ocasionará nenhum impacto sobre empregados".

De tudo que foi levantado, concluímos que **foram negociados com empresas do exterior a aquisição de empresas genuinamente brasileiras, pelo que entendemos ser passível de tributação sobre o ganho de capital** e, pelo fato de boa parte do valor ter sido remetido ao exterior, torna o fiscalizado responsável pelo recolhimento do tributo, como detalhamos em capítulo próprio mais adiante."

O excerto acima transcrito evidencia a discrepância entre a vontade manifestada pelas partes envolvidas na operação e aquela que era a vontade real das partes. Embora tenham formalizado contrato e venda da pessoa jurídica **Jantus**, empresa sediada na Espanha, o objeto pretendido eram as pessoas jurídicas brasileiras **SIIF Energies do Brasil Ltda. e a SIIF Desenvolvimento de projetos Eólicos Ltda.**, o que pode ser observado através do exame da própria contabilidade da empresa, bem como de suas declarações de rendimentos, além dos atos negociais enumerados pela autoridade fiscal.

[...]

Mais adiante, a autoridade fiscal elucida o porquê de os alienantes constituírem a pessoa jurídica **Jantus**, considerando especialmente sua sede na Espanha.

"6. CONVENÇÃO BRASIL X ESPANHA

Além das questões factuais já tratadas, existe uma questão de direito a ser examinada, qual seja a convenção para evitar bitributação entre Brasil e Espanha, promulgada pelo Decreto n. 7.975/76, em seu artigo 13, que prevê a possibilidade de se tributarem os ganhos de capital decorrentes de alienações de bens e direitos (que não sejam imóveis, ativos de estabelecimentos permanentes e embarcações /aeronaves) em ambos os Estados.

[...]

Corroborando o indício de que o ganho de capital não foi objeto de tributação, a autoridade fiscal aponta o documento "Proposta de administração para A AGO de 12/04/2012" (e-fls. 5.985 e seguintes).

Referido documento "*submete à apreciação de seus Acionistas a Proposta da Administração sobre as matérias que serão deliberadas nas Assembleias Gerais Ordinária e Extraordinária, a serem realizadas em 12 de abril de 2012, ("Assembleias") nos termos a seguir expostos*".

A primeira matéria a ser deliberada na AGE é justamente a "*Ratificação da Operação de Aquisição de 100% das Quotas da Jantus SL*". O documento trata sucessivamente (i) da descrição dos negócios; (ii) da necessidade de submissão à aprovação da assembleia por força do art. 256, I, da Lei n. 6.404/76; (iii) das informações sobre a empresa Jantus SL e (iv) dos principais termos e condições dos negócios, dentre outros tópicos relevantes.

Neste último tópico, versa sobre partes na transação, seu objeto, preço de aquisição, forma de pagamento, condições precedentes, outros compromissos, indenizações e principais declarações dos vendedores e da própria adquirente.

Ao referir-se a forma de pagamento, faz constar a informação de que *"o preço de compra da Jantus SL não esteve sujeito a qualquer dedução ou retenção de imposto de qualquer natureza"*.

Esta seção do TVF bem demonstra as razões determinantes da interposição da pessoa jurídica. Os reais titulares dos ativos situados no Brasil buscavam aproveitar-se de conflito negativo de competência tributária, evitando a tributação, tanto no Brasil quanto na Espanha.

A imputação fiscal não foi objeto da irresignação do contribuinte neste ponto. Tal fato é curioso uma vez que a recorrente apresentou longas razões sobre a ausência de vantagem fiscal na estrutura adotada. Cabe questionar por que não se manifestou sobre este fundamento da autuação, que bem evidencia a abusividade direcionada a obtenção de vantagem fiscal indevida.

Ademais, sob a perspectiva processual, dado que a autuada não enfrentou este fundamento da autuação, a matéria encontra-se preclusa, conforme disposição do art. 17 do Decreto n. 70.235/72, cuja interpretação há muito se encontra sedimentada no âmbito do CARF:

[...]

III.2.2 Do planejamento abusivo por meio de treaty shopping

Consoante exposto pela fiscalização, a criação da **Jantus** foi manobra voltada exclusivamente para o aproveitamento de benefício fiscal oriundo do tratamento conferido aos ganhos de capital pelo Tratado Brasil-Espanha.

Ora, a triangulação de uma operação ou a estruturação de um grupo de empresas movida pelo propósito de aproveitar uma Convenção para Evitar Bitributação e Evasão Fiscal por quem não é seu destinatário configura a prática abusiva de treaty shopping.

[...]

Aqui cumpre ressaltar que a celebração de um tratado para evitar bitributação é uma decisão de política de Estado. Dois países decidem celebrar um tratado desta natureza por acreditarem que obterão vantagens recíprocas ao estimular o fluxo de bens, serviços, capitais e pessoas. Assim, ambos concordam em reduzir o âmbito de sua competência tributária, delimitando-a previamente, em benefício do outro Estado contratante.

Quando o tratado é utilizado por terceiros que não são residentes nos Estados contratantes, um destes Estados arca com os ônus da diminuição de sua carga tributária sem que o outro Estado contratante aufera qualquer vantagem, enquanto o país de residência dos beneficiários efetivos auferir rendimentos sem que tenha, em contrapartida, sacrificado sua base impositiva.

Evidente, portanto, que o treaty shopping gera prejuízos aos dois Estados contratantes, distorcendo os fluxos de investimentos [...]

É justamente a situação que se delineia no caso sob análise.

Primeiramente, verifica-se que as pessoas físicas ou jurídicas detentoras de participação societária nas SIIFs brasileiras tinham domicílio nos **Estados Unidos** (Liberty Mutual Insurance Company), em **Luxemburgo** (Black River CEI Subsidiary 3 SARL), na **Austrália** (Matheu Alexander Swiney) e no **Reino Unido** (Carbon Capital Markets LTD, Karen Adams McClellon e Reuben Zed Maltby).

Ou seja, nenhum dos sócios da **Jantus** tinha ligação com a Espanha, nem foi apresentada qualquer justificativa negocial para a eleição desta sede, não obstante a fiscalização tenha expressamente apontado que a eleição da Espanha como domicílio constituía conduta abusiva voltada exclusivamente para obtenção de vantagens fiscais.

Em seguida, verifica-se que Brasil não firmou acordo bilateral para evitar bitributação com qualquer destes países, exceto Luxemburgo. Por outro lado, o acordo com a Espanha trazia previsão sobre a tributação do ganho de capital que permitia que os interessados se furtassem a suas obrigações fiscais.

A vantagem fiscal usufruída pelos alienantes é manifesta. Ao situar a *holding* controladora das empresas brasileiras na Espanha, a pretensão das beneficiárias efetivas dos rendimentos era burlar a tributação do ganho de capital. A eventual venda estaria fora da competência tributária da Espanha e também fora do alcance da norma brasileira.

A existência dessa vantagem fiscal explica a existência da Jantus, sem que, por outro lado, a recorrente tenha buscado evidenciar qualquer outro fundamento negocial.

Ante o exposto, é inegável que a **Jantus** se enquadra no conceito de **conduit company**, ou seja, é uma sociedade estabelecida em país que não se classifica como paraíso fiscal e sua rede de tratados para evitar bitributação combinada com sua legislação interna permite que se usufrua de benefício tributário.

[...]

III.2.3 Análise da substância econômica da Jantus. Natureza da sociedade holding. Negócio efetivamente realizado pelas partes. Exame do propósito negocial da operação.

[...]

A recorrente despende grande esforço argumentativo para evidenciar a regularidade da estrutura da **Jantus**. Versa sobre o tempo de constituição e reitera que a estrutura era compatível com as funções que a empresa exercia. Dessa forma, conclui pela existência de substância econômica da **Jantus**. Os argumentos trazidos, não impedem o exame do propósito negocial e da substância da operação realizada.

Esclarecido o ponto, verifica-se que, como a própria recorrente ressalta, a estrutura detida pela **Jantus** era adequada para sua autuação como **holding pura**, o que, em seu entender, lhe dispensava qualquer estrutura operacional. *In verbis*:

[...]

Como bem elucidam os excertos acima, é ínsita à natureza das *holdings* a existência de unidade econômica com as empresas operacionais das quais participa. Consequentemente, às *holdings* se aplica com ainda mais razão a análise funcional. Ou seja, o raciocínio da recorrente de que o fato de se tratar de *holding* automaticamente torna lícita a falta de estrutura operacional, não merece prosperar. Ocorre justamente o inverso. Em se tratando de *holding*, a análise deve ser ainda mais criteriosa.

Dito de outro modo, a regra é mesma para qualquer tipo de sociedade, *holding* ou não. Não basta a licitude no plano formal. É preciso verificar se, no caso concreto, a *holding* foi utilizada para fins societários, se há propósito negocial, ou foi empregada para meramente para obtenção de benefícios fiscais.

A recorrente, em nenhum momento, se desincumbe de demonstrar a finalidade da *holding*. Limita-se a dizer que era ela necessária porque havia diversos acionistas. Diz, ainda, que o fato de um dos acionistas ser domiciliado no Brasil demonstraria que a finalidade da **Jantus** não seria unicamente a economia de tributos.

Quanto às alegações da recorrente, o primeiro ponto a ser destacado é no sentido de que a vantagem fiscal indevida não precisa ser aproveitada por todas as partes na operação para que se configure. O fato de um único dos diversos sócios ser residente no Brasil não tem o condão de afastar o caráter abusivo da estrutura criada, que conferiu vantagens fiscais indevidas a maior parte dos alienantes.

Ademais, ainda que este específico vendedor e a adquirente não gozem do benefício fiscal indevido sob a perspectiva jurídica, a diminuição (indevida) dos custos da transação gera vantagem econômica para todos os envolvidos na operação. Não se pode

desconhecer que, do ponto de vista econômico-financeiro, a tributação constitui um custo a ser considerado e, portanto, a diminuição ou eliminação desse custo repercute positivamente para todas as partes contratantes.

De outro lado, verifica-se que, a despeito de afirmar a regularidade da **Jantus** enquanto *holding*, a recorrente furta-se a enfrentar o ponto nodal da questão, explicitamente apontado pela autoridade fiscal: a *holding* foi constituída na Espanha com a única finalidade de se aproveitar do peculiar resultado originado da conjugação das normas sobre ganho de capital brasileiras e espanholas.

Nota-se que a autuada escolheu deliberadamente ignorar a acusação fiscal, não apresentando qualquer argumento para contraditar a fundamentação do auto quanto a esta matéria.

Tampouco buscou desconstituir os outros indícios colacionados pela Fiscalização:

- 1) Quanto à falta de estrutura operacional, limitou-se a dizer que, por se tratar de *holding*, ela seria desnecessária. Ou seja, fiou-se na mera formalidade, o que, como acima já visto, não basta para afastar a autuação.
- 2) Quanto à falta de qualquer funcionário, buscou encontrar justificativa no fato de que a sociedade estava em processo de incorporação, mas não apresentou qualquer explicação para o fato de manter a empresa inativa desde a sua aquisição. Dito fato corrobora a constatação de que a Jantus jamais foi o objeto do contrato de alienação.
- 3) O fato de o aumento de capital previsto no contrato de compra e venda não ter sido comprovado. Apenas houve aumento na sociedade brasileira SIIF. Trata-se de mais um indício a evidenciar que a substância econômica da operação nunca foi a Jantus mas sim as empresas brasileiras.
- 4) O fato de a recorrente haver indicado em suas declarações de rendimentos que era controladora das SIIFs desde a aquisição, mais uma vez ignorando a existência da Jantus.
- 5) O lançamento em sua contabilidade indicando que promoveu aquisição direta da SIIF Energies.
- 6) As citações em relatórios de auditorias, fatos relevantes, ato de concentração, o próprio contrato de compra e venda e incorporação e laudos de avaliações que indicam que o objeto da operação de compra e venda foram as empresas brasileiras.

Os indícios acima enumerados apontam uniformemente para comprovação de que o efetivo objeto da operação de compra e venda foram as empresas brasileiras SIIF Energies e SIIF Desenvolvimento. Foi este o propósito negocial da transação.

Apenas para esgotar as discussões quanto à pré-existência da **Jantus**, é de notar que somente existiu por sete anos, dos quais somente foi "ativa" por cinco. Quando adquirida foi prontamente desativada. Além disso, nos cinco anos em que perdurou, sua "atividade" se restringiu à manutenção de um Conselho de Administração". Destarte, a suposta longevidade da empresa em nada auxilia as pretensões da recorrente, pois, durante os breves anos em que foi ativa, não teve qualquer existência material.

Ademais, sob outro ponto de vista, o exame promovido pela fiscalização observa o elemento volitivo e conclui que a CPFL jamais teve interesse em adquirir a **Jantus**, mas apenas as empresas brasileiras, as SIIFs.

Essa falta de interesse decorre justamente do fato de se tratar de mera *holding* sem nenhuma função administrativa efetiva. Por esta razão a **Jantus** foi incorporada depois de curto lapso temporal e mesmo antes, era de tal forma ignorada, que até mesmo nas DIPJs cometeu-se o equívoco de indicar que as SIIFs tinham como única societária a CPFL.

Uma vez que o único interesse do grupo CPFL era adquirir as duas empresas nacionais para obter a hegemonia na produção de energias renováveis, o que jamais foi negado

pela recorrente, que, inclusive, afirmou que a aquisição da **Jantus** foi uma imposição dos seus acionistas, fica evidente que o negócio realmente almejado era a aquisição das sociedades brasileiras.

Tal constatação se soma àquela acima já detalhada, acerca da caracterização de *treaty shopping* na eleição da Espanha como sede da **Jantus**.

(Destaques no original)

A propósito, sob igual entendimento decidiu o julgador de origem, que ressaltou a pertinente incidência tributária refletida no negócio jurídico cujo propósito negocial traduz essencialmente a economia tributária, nestes termos (processo digital, fl. 717):

Assim, nos chamados planejamentos tributários, ainda que a estrutura aparente das operações societárias empregadas subsuma-se ao arcabouço legal que geraria menor ônus, cabe ao Fisco investigar se a estrutura adotada foi legítima e se o seu regime jurídico foi observado. Ou seja, para a prevalência dessas estruturas é necessário que haja causa jurídica e sua coerência com o conteúdo e a forma utilizada.

No caso em exame, o relato fiscal mostra que os valores pagos, fls. 6742, no percentual de 19,824% a alienante sediado no Brasil, estava sujeito a apuração de ganho de capital, como a própria autuada argumentou em sua peça de defesa.

Isso mostra *grosso modo*, que, na forma negocial adotada, os restantes 80,176% foram remetidos ao exterior sem qualquer apuração voluntária dos valores devidos a título de tributação e isso tendo por objeto bens situados em território nacional e sob o controle de *holdings* igualmente aqui sediadas.

Nesse pressuposto, tão somente o fato das operações societárias sucederem-se dentro das formalidades legais não garante, por si só, o afastamento da incidência tributária supostamente tutelado pela respectiva operação. Afinal, sem prejuízo da transação comercial propriamente, bem como dos **demais** efeitos jurídicos que lhes são próprios, ditos negócios poderão ser desconsiderados, para fins do restabelecimento da incidência tributária, deles excluídos indevidamente.

Ante o exposto, tendo em vista minha concordância com os fundamentos transcritos precedentemente, nego provimento ao recurso interposto pela Recorrente.

Da inclusão do aumento de capital na base de cálculo do crédito apurado

Igualmente, parte-se da replicação de excertos do voto condutor da decisão vencida, que proveu o recurso interposto pela Recorrente neste ponto, sob o pressuposto de que os alienantes da Jantus nada auferiram em face do seu posterior aumento de capital, nestes termos:

De fato, o aumento de capital em questão, tratado pela Fiscalização como parcela integrante do preço de venda, já havia sido estabelecido no próprio contrato de compra e venda. É o que se infere, pois, do disposto na cláusula 6.3 do referido contrato, *in verbis*:

“6.3 No Encerramento da Jantus:

6.3.1 os Vendedores e a Compradora farão todas as coisas que sejam delas exigidas respectivamente segundo o Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento), com exceção do Parágrafo 1.5 do Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento);

6.3.2 Imediatamente depois de ter adquirido a Sociedade, mas em qualquer caso na Data de Fechamento da Jantus como parte do Fechamento da Jantus (ou exceto se for de outro modo acordado entre a Compradora e os Vendedores Principais e, exceto em relação ao pagamento dos Custos Estimados da Transação da Jantus, os “Credores” (conforme definido nas Cédulas de Crédito Bancário)) **a Compradora deverá fazer com que: (a) o capital social da**

Sociedade seja aumentado em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Compradora; (b) o capital social da SIIF Energies seja aumentado em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Sociedade;”

Conforme se infere do excerto supra reproduzido, verifica-se que, **após a aquisição da Jantus**, a Recorrente deveria realizar um aumento de capital no montante correspondente a soma do valor dos empréstimos contraídos pelas subsidiárias da Jantus e dos custos de transação para aquisição da Jantus.

Assim, é evidente que em razão do referido aumento de capital nada foi auferido pelos vendedores da Jantus, seja porque estes não eram mais os seus proprietários, seja porque o valor remetido pela Recorrente foi diretamente para o caixa da Jantus que, em contrapartida, emitiu novas quotas do seu capital em nome da Recorrente.

(Destques no original)

A propósito, ditos argumentos foram pontual e especificamente refutados nas contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional, nestes termos (processo digital, fls. 7.253 a 7.259):

III.2.5 Correção da base cálculo apurada. Requalificação do pagamento a título de ganho de capital. A assunção de dívida deve compor o custo de aquisição.

O contribuinte se insurgiu sobre a cobrança do valor remetido no dia 20/12/11 (R\$ 354.437.770,57) sob alegação de que foi realizado tão somente pela recorrente e em nome próprio, na condição de única acionista da Jantus em momento posterior à aquisição das quotas da empresa Jantus, conforme havia sido estabelecido no próprio contrato de compra e venda. In verbis: *"Primeiro, porque o aumento de capital em questão foi realizado tão somente pela Recorrente e em nome próprio, na condição de única acionista da Jantus, em momento posterior à aquisição das quotas da empresa Jantus, conforme já havia sido estabelecido no próprio contrato de compra e venda.*

Nesse sentido, confira-se o disposto na cláusula 6.3 do referido contrato:

"6.3 No Encerramento da Jantus:

6.3.1 os Vendedores e a Compradora farão todas as coisas que sejam delas exigidas respectivamente segundo o Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento), com exceção do Parágrafo 1.5 do Anexo 9 (Requisitos para o Fechamento);

6.3.2 Imediatamente depois de ter adquirido a Sociedade, mas em qualquer caso na Data de Fechamento da Jantus como parte do Fechamento da Jantus (ou exceto se for de outro modo acordado entre a Compradora e os Vendedores Principais e, exceto em relação ao pagamento dos Custos Estimados da Transação da Jantus, os "Credores" (conforme definido nas Cédulas de Crédito Bancário)) a Compradora deverá fazer com que:

(a) o capital social da Sociedade seja aumentado em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Compradora;

(b) o capital social da SIIF Energies seja aumentado em valor igual à soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus, com esse capital aumentado sendo detido pela Sociedade;" (grifos da Recorrente)

De logo já chama atenção o fato de se fazer incluir num contrato de compra e venda uma cláusula atinente a aumento de capital, visto que tal decisão é matéria afeta a assuntos internos da sociedade e, portanto, não deveria existir interesse dos vendedores, que transferiam a empresa, de estabelecer qualquer determinação futura sobre as

decisões da sociedade. Ao investigar mais detalhadamente tal previsão, exsurge claro que, apesar da denominação aumento de capital, a prestação tinha outra natureza.

Primeiro se note que, ao contrário do que afirma a recorrente, o pagamento não foi feito "em momento posterior à aquisição". Conforme a própria autuada afirma, a remessa ao exterior a título de aumento de capital foi efetivada em 20 de dezembro de 2011. Ora, trata-se da data do fechamento do contrato, conforme veiculado pela própria no Diário Oficial de São Paulo (e-fl. 6116). Nas palavras da CPFL: *Em 20 de dezembro de 2011, a CPFL Renováveis concluiu a aquisição da Jantus.*

Não é demasiado recordar que muitos contratos, especialmente os contratos que envolvem grandes transação, possuem uma data de assinatura e uma data de fechamento. Somente nesta última data o negócio é concluído, após o cumprimento de condições previstas no instrumento.

O que se infere da cláusula 6.3 é que trata o "aumento de capital" como *obrigação incondicional* para o fechamento do contrato, a ser cumprida até a data do *closing*. Ou seja, a satisfação de tal aumento de capital constituía imposição dos vendedores para a conclusão do negócio.

Aqui, reiterem-se as ponderações acima acerca do descabimento de tal previsão no bojo de um contrato de alienação e, a essas, soma-se a constatação de que há aumento de capital imposto a quem sequer era sócio da empresa. Portanto, patente que, embora denominado "aumento de capital", tal pagamento não poderia ostentar dita natureza, uma vez que não deveria ser promovido por um sócio, mas sim pelo adquirente da participação societária como condição para transferência das quotas.

Não bastasse, a cláusula contratual expressamente consigna que o valor do denominado "aumento de capital" deveria corresponder à soma da quantia do valor de empréstimo de recapitalização e dos custos estimados da transação da Jantus.

Resta evidente, portanto, que não se trata, na verdade, de aumento de capital, mas sim de preço.

Outrossim, o exame da quantia paga a título de aumento de capital revela que ela correspondeu a "soma da quantia do Valor do Empréstimo de Recapitalização e dos Custos Estimados da Transação da Jantus".

Como se verifica, a parcela ora discutida objetivava cobrir débitos da sociedade adquirida, além dos custos de transação. Cuidava-se, pois, de tentativa de promover assunção de dívida por via oblíqua.

Tais razões, por si, bastam para que se conclua pela necessidade de reclassificação de tal parcela pecuniária, eis que o valor foi pago para aquisição da sociedade Jantus e, ademais, ainda que se considere tratar-se de dívida assumida, a transferência do débito caracteriza-se como parcela do preço, devendo, pois, compor o custo de aquisição.

Com o intuito de afastar eventual controvérsia quanto ao ponto, cabe ressaltar que a incidência do imposto de renda sobre o montante da dívida que foi assumido pela adquirente se impõe uma vez que a assunção de passivo da sociedade alienada pela adquirente é fato que representa receita para os alienantes, e, portanto, constitui base para o cálculo do ganho de capital.

Cuida-se de decorrência inafastável da legislação societária. Com efeito, o art. 256 da Lei n. 6.404/76, ao tratar da aquisição de sociedades, menciona a necessidade de se estabelecer o preço de compra. Ao interpretar referido dispositivo, os próprios advogados militantes na área reconhecem que a assunção de dívidas, quanto expressamente pactuada, deve ser considerada para fins de determinação do preço:

[...]

Diante da evidente subsunção do caso concreto à hipótese na qual a assunção de dívida deve compor o preço na aquisição de bem,- expressa assunção de dívida prevista contratualmente (não obstante a tentativa de ocultá-la sob o título de aumento de capital -forçoso concluir que parte do preço de aquisição foi representado pela assunção de

passivos da sociedade adquirida pela sociedade adquirente. Nesse sentido já decidiu este Conselho em mais de uma oportunidade.

[...]

E se note que o quadro demonstrativo trazido pelo contribuinte corrobora o quanto aqui exposto, na medida em demonstra que o dito "aumento de capital" não passou de dívidas que foram repassadas para o adquirente e que, portando, compõem o preço de aquisição.

Pagamento Inicial em 19/12/2011 R\$	
(a) valor inicial 950.000.000,00	950.000.000,00
(b) o maior valor entre R\$ 5.000.000 e o Caixa Liberado Notificado (+)	5.000.000,00
(c) o Valor do Capital de Giro Variável da Jantus (+)	1.184.946,00
(d) o Valor da Dívida Líquida Variável da Jantus (-)	-131.277.959,00
(e) o Valor do Empréstimo de Recapitalização (-)	-318.088.453,00
(f) o Valor da Braselco (-)	-3.000.000,00
(g) os Custos Estimados da Transação da Jantus (-)	-34.596.789,00
(h) os Custos Extraordinários Estimados da Jantus (-)	-305.665,00
Valor do pagamento inicial para sócios da Jantus	468.916.080,00
Pagamento após ajustes de fechamento em 07/05/2012 R\$	
(a) ajustes após fechamento 18.000.000,00	18.000.000,00
(b) juros (período entre a data do fechamento da Jantus e a data de pagamento) (+)	620.800,00
(c) custos residuais da transação (-)	188.915,66
Valor do pagto após ajustes para os sócios da Jantus	18.431.884,34

O somatório dos itens c, e, f, g além do h resulta no valor de R\$ 354.805.961,00, valor bastante próximo daquele atribuído ao "aumento de capital". Logo se conclui que o preço de venda foi de R\$ 950.000.000,00 dos quais parte foi paga em recursos financeiros e parte por assunção de dívidas.

Como se não bastasse, durante o exame dos procedimentos de fiscalização, à contribuinte jamais apresentou prova do aumento de capital na Jantus. Somente trouxe a ata da SIIF Energies onde consta o tal aumento de capital.

Ou seja, a recorrente sequer é capaz de comprovar que a operação efetivamente ocorreu e, muito menos a data em que teria ocorrido esse aumento. Somente se sabe que o valor retornou ao Brasil para aumento de capital da SIIF Energia em conformidade com a 36ª alteração de seu contrato social.

A ausência de prova do efetivo aumento de capital na Jantus evidencia a verdadeira objetivo das partes era que tais valores circulassem e voltassem para as **sociedades brasileiras como o objetivo de que, como já repetido, fossem utilizados para o adimplemento das dívidas.**

Por derradeiro, não é demasiado lembrar que a recorrente está a defender o aumento de capital de uma pessoa jurídica que, segundo ela própria confessa, manteve inativa desde a sua aquisição. Não se caracteriza, pois, razão negocial para tal aumento de capital. Assim, evidente a falta de pertinência teleológica do alegado aumento, enquanto, por outro lado, foram colacionados indícios veementes de que o pagamento de tais valores constituía condição para fechamento do negócio e serviram para adimplemento/assunção de dívidas. Dessarte, devem compor o preço de aquisição.

Como se vê, o suposto aumento de capital defendido pela Recorrente nada mais foi do que uma simples assunção de dívida, devendo dita quantia compor a base de cálculo do ganho de capital apurado, exatamente como procedeu a autoridade fiscal autuante. Logo, tocante a esta matéria, a razão não está com a Contribuinte, razão por que nego-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz