



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720096/2018-48
ACÓRDÃO	1402-007.103 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	AMERICAN TOWER DO BRASIL - CESSÃO DE INFRAESTRUTURAS LTDA.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO COM RECURSOS ORIGINADOS DA CONTROLADORA. ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DQA DA FILIAL BRASILEIRA COMO “EMPRESA VEÍCULO”. NÃO CARCTERIZAÇÃO. DEDUTIBILIDADE PERMITIDA.

Anos-calendário: 2012,2013,2014,2015

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. O fato de os recursos utilizados na aquisição societária serem provenientes do exterior não descaracteriza a pessoa jurídica situada no país como a real titular das operações societárias, permitindo assim a amortização do ágio, nos termos da legislação pertinente (art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98).

DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUTIBILIDADE.

A teor dos artigos 299, do RIR/1999, as quantias apropriadas às contas de despesas operacionais, para efeito de determinação do Lucro Real, devem,

além de satisfazer às condições de necessidade, normalidade e usualidades, sem os quais serão tidas como indedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

CSLL. CRITÉRIOS DE DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS EM SUA APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período, com os ajustes determinados na legislação de regência. Neste sentido, os artigos 248 e 277, ambos do RIR/99. O lucro operacional traduz-se no resultado do confronto entre as receitas operacionais e as despesas operacionais (artigo 299 do RIR/99). Da interpretação sistemática destes dispositivos, deduz-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, quais sejam, as despesas necessárias e devidamente comprovadas. Os dispêndios glosados afetam o próprio resultado do exercício e, conseqüentemente, também a base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990. Além disso, o art. 13 da Lei nº 9.249/95, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99. Portanto, dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mantém-se parcialmente a glosa realizada pela Fiscalização.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO

A multa de lançamento de ofício, conforme prevista pela legislação tributária, é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração, ou declaração inexata, não cabendo à administração afastá-la sem respaldo legal, conforme o disposto no artigo 97, inciso VI, do CTN.

No caso em análise, as alegações da Fiscalização quanto à ocorrência de dolo, fraude ou simulação foram afastadas, uma vez que não restou comprovada a má-fé ou intenção de fraude por parte da recorrente, que agiu com base em interpretação da legislação tributária aplicável às suas operações.

A aquisição de ativos realizada pela recorrente, no caso da BR Towers, foi conduzida de acordo com a estrutura corporativa legítima e usual em

operações empresariais internacionais, não configurando abuso de direito nem fraude. Assim, não há que se falar em qualificação da multa de ofício, devendo ser desconstituída a imposição de multa qualificada.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

Existindo a comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, o termo inicial será o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Inexistindo a comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, o termo inicial será o Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º). No presente caso, não restou caracterizada a fraude alegada pela fiscalização, motivo pelo qual há que se reconhecer a decadência sobre os lançamentos relativos ao ano-calendário de 2012, uma vez que já transcorrido o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic, nos termos do entendimento consolidado pela Súmula CARF nº 108.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS NÃO PAGAS. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

O não recolhimento ou o recolhimento a menor de estimativas mensais sujeita a pessoa jurídica optante pela sistemática do lucro real anual, à multa de ofício isolada estabelecida no artigo 44, inciso II, “b”, da Lei nº 9.430/1996, ainda que encerrado o ano-calendário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, i.i) rejeitar as preliminares de i.i) nulidade da decisão recorrida – inovação nos fundamentos do AI pela DRJ; i.ii) nulidade do auto de infração – ausência de fundamentação legal – ingerência da Fiscalização na esfera da liberdade privada; i.iii) manter a incidência dos juros sobre a multa de ofício, nos termos da Súmula CARF nº 108; ii) por voto de qualidade, na forma do artigo 1º, da Lei nº 14.689, de 20/09/2023 e artigo 25, § 9º, do PAF (Decreto nº 70.235 de 1972), negar provimento ao recurso voluntário para, ii.i) manter os lançamentos de glosa de amortização dos ágios referentes às operações realizadas com a Sitesharing NE S/A e a Nextel Torres e Equipamentos Ltda. dos anos-calendário de 2013 a 2015; ii.ii) manter os lançamentos de multa isolada por insuficiência nos recolhimentos de estimativas mensais de IRPJ e CSLL relacionadas exclusivamente às operações com a Sitesharing NE S/A e a Nextel Torres e Equipamentos Ltda. nos anos-calendários de 2013 a 2015, vencidos os Conselheiros Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Ricardo Piza Di Giovanni e Alessandro Bruno Macêdo Pinto que davam provimento; iii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário para, iii.i) cancelar os lançamentos relativos, iii.i.i) à amortização dos ágios referentes às operações realizadas com o Grupo BR Towers; iii.i.ii) às glosas de despesas financeiras; iii.ii) afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%; iii.iii) acatar a preliminar de decadência em relação ao ano-calendário de 2012, tendo em vista o afastamento da multa qualificada, cancelando os lançamentos deste período, vencido nestes temas (item “iii”) o Relator que negava provimento ao recurso voluntário. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte e nestes temas, em que vencido o Relator, o Conselheiro Rafael Zedral.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

Rafael Zedral – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Iabrudi Catunda, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macêdo Pinto e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima em face de decisão exarada pela 8ª Turma da DRJ/SPO, sessão de 25 de junho de 2019 (fls. 6265/6309)¹, que julgou improcedente a impugnação apresentada perante aquele órgão julgador (fls. 4025/4144), relativamente ao procedimento fiscal que foi finalizado com a lavratura de AI de IRPJ/CSLL (fls. 1613/1664), infrações **i)** “custos, despesas operacionais e encargos - despesas não necessárias - despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos junto a empresas vinculadas”, **ii)** “exclusões/compensações não autorizadas na apuração do lucro real - exclusões indevidas - despesas de amortização de ágio”, e, **iii)** “multa isolada por insuficiência de recolhimento de estimativa”.

Lançamentos assim resumidos:

a). **Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ** - crédito tributário de **R\$ 367.590.835,62**, nele incluídos o imposto, a multa de ofício proporcional de 150%, a multa isolada e os juros de mora calculados até 12/2018.

b). **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL** - crédito tributário de **R\$ 132.161.401,60**, igualmente compreendendo contribuição, multa qualificada de 150%, multa isolada e juros de mora.

O AI de IRPJ está abaixo reproduzido (fls. 1615/1616), sendo que o de CSLL (fls. 1641/1643) tem a mesma conformação, observadas as respectivas especificidades e tipificações legais:

CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS**INFRAÇÃO: DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS**

Despesas não necessárias apuradas conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	212.612.807,53	150,00
31/12/2013	105.092.535,71	150,00
31/12/2014	101.022.698,59	150,00
31/12/2015	119.651.299,46	150,00

¹ A numeração referida das fls., quando não houver indicação contrária, é sempre a digital

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL
INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, como detalhado no Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	119.134.198,21	150,00
31/12/2013	86.169.362,18	150,00
31/12/2014	107.151.211,68	150,00
31/12/2015	133.634.203,13	150,00

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função de balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
31/12/2012	15.366.752,27
31/01/2013	60.669,73
30/04/2013	1.321.249,91
31/05/2013	33.111,66
30/06/2013	128.121,53
30/09/2013	1.586.111,29
31/10/2013	9.794.095,74
28/02/2014	13.771,25
31/01/2015	1.636.218,97
28/02/2015	1.958.147,35
31/03/2015	1.827.034,87
30/04/2015	2.487.117,74
31/05/2015	3.014.374,18
30/06/2015	3.775.105,80
31/07/2015	3.307.372,07
31/08/2015	2.566.265,83
30/09/2015	2.860.393,39
31/10/2015	3.275.625,80

DA ACUSAÇÃO FISCAL

Pela riqueza de detalhes dos fatos, adoto a relatoria da decisão de 1º Grau que bem resumiu o procedimento fiscal havido (TVF – fls. 1665/1735) ajustando-a para esta fase recursal, se necessário.

“A ação fiscal iniciou-se em 29/09/2017, ocasião em que o ora interessado American Tower do Brasil – Cessão de Infraestruturas Ltda. (doravante referido como **American Tower do Brasil**) foi intimado a apresentar esclarecimentos acerca da origem e do fundamento econômico do ágio fiscalmente amortizado nos anos-calendário de 2013 a 2015.

Foram analisadas três operações de aquisição de participações societárias, seguidas de incorporação das empresas adquiridas:

OPERAÇÃO	AGIO	INCORPORADA	VALOR DO AGIO	VALOR TOTAL DA AQUISIÇÃO (APÓS OS AJUSTES)	PERCENTUAL DO AGIO SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO	DATA DO CONTRATO	DATA DE FECHAMENTO DA OPERAÇÃO
1	Nº 1	SITESHARING NE	R\$ 853.707.240,11	R\$ 926.848.111,77	92%	17/02/2011	01/03/2011
2	Nº 2	NEXTEL TORRES	R\$ 433.489.699,23	R\$ 796.570.471,73	54%	08/08/2013	06/12/2013
3	Nº 3	BR TOWERS 3	R\$ 158.360.123,07	R\$ 1.436.700.009,76	22%	13/06/2014	19/11/2014
	Nº 4	BR TOWERS 5	R\$ 10.877.971,69				
	Nº 5	SITESHARING BRTW	R\$ 143.620.960,38				
TOTAL			R\$ 1.600.055.968,48	R\$ 3.160.118.593,26			

A fiscalizada faz parte do Grupo American Tower, cuja controladora é a holding **American Tower Corp.**, sendo suas operações conduzidas por meio de subsidiárias. As operações internacionais são controladas pela holding **American Tower International, Inc.**, que, por sua vez, atua por meio de subsidiárias operacionais domiciliadas nos países em que o grupo possui atividades.

O negócio principal do Grupo American Tower é a locação de “sites” de comunicação. O termo “site” é um jargão técnico que compreende torre, equipamentos e o local de instalação deles. O grupo é um dos principais proprietários e operadores independentes de torres de telecomunicações sem fio nos Estados Unidos, México, Brasil e Índia, entre outros países.

1.1) 1ª OPERAÇÃO: AQUISIÇÃO DA SITESHARING NE S.A.

Em 31/12/2009, a Sitesharing NE S.A.1 (**Sitesharing NE**), CNPJ 09.477.524/0001-42, tinha o seguinte quadro de acionistas, conforme DIPJ AC2009:

- ☐ 99,99% - Sitesharing Brasil S.A. (**Sitesharing Brasil**), CNPJ 05.637.153/0001-98, e
- ☐ 0,01% - Luigi Cosenza, CPF 008.035.238-80.

A Sitesharing Brasil era uma empresa operacional detentora de torres de telecomunicações. No início das tratativas com o Grupo American Tower, a sua composição acionária, conforme DIPJ AC2008, era a seguinte:

- ☐ 67% - Sestri Empreendimentos e Participações Ltda. (**Sestri**), CNPJ 05.448.607/0001-52, e
- ☐ 33% - Servsite Ltda. (**Servsite**), CNPJ 04.787.555/0001-86.

A acionista minoritária Servsite tinha como sócios:

- ☐ 60% - Metalpark Engenharia Comércio e Construções Ltda., CNPJ 62.955.158/0001-72, empresa controlada pelo Sr. Luigi Cosenza, e
- ☐ 40% - CRAL – Carvalho Consultoria e Participações Ltda., CNPJ 05.043.440/0001-40.

A Sestri, por sua vez, tinha como sócios:

- ▣ 99,97% - Esclimont Participações S/C Ltda. (**Esclimont**), CNPJ 00.177.361/0001-08, e
- ▣ 0,03% - Flavio Ognibene Guimarães (**Flavio**), CPF 056.139.798-80.

E a composição societária da Esclimont era a seguinte:

- ▣ 1.117.880 quotas de R\$ 1,00 cada - Belaggio Investments Inc. (**Belaggio**), empresa domiciliada nas Ilhas Virgens Britânicas, e
- ▣ 1.000 quotas de R\$ 1,00 cada – Ivan Magnani Fochi, CPF 004.132.328-91.

Conforme consta na alteração contratual da Esclimont, datada de 30/06/2005, as 1.000 quotas de Ivan Magnani Fochi haviam sido cedidas por Flavio Ognibene Guimarães. A alteração contratual foi protocolada na Jucesp juntamente com a tradução juramentada de procuração outorgada pelo sócio Belaggio ao Sr. Ivan Magnani Fochi e, neste último documento, verifica-se que a empresa Belaggio tem sede em Pasea Estate PO Box 3149 Road Town, Tortola, Ilhas Virgens Britânicas. Trata-se, portanto, de uma empresa de caixa postal.

Constatou-se ainda que, em outra alteração contratual da Esclimont, de 23/10/1998, o Sr. Flavio assinava como representante da sócia Belaggio. Tratava-se, assim, de uma empresa ligada a ele.

Desse modo, o Sr. Flavio era sócio minoritário da Sestri e era capaz de exercer influência no sócio majoritário Esclimont por meio da Belaggio.

A Sitesharing NE havia sido constituída em 31/03/2008 com capital social de R\$ 100.000,00, tendo como sócios Sitesharing Brasil, com R\$ 99.990,00 (99.990 quotas) e Luigi Cosenza, com R\$ 10,00 (10 quotas). Durante o ano de 2008, a sociedade não teve atividade operacional.

Resumidamente e em ordem cronológica, a venda da Sitesharing NE para o Grupo American Tower foi formalizada mediante os seguintes atos e/ou operações:

31/07/2009 - Contrato de compra e venda pelo qual a Servsite vende 5.066.578 ações emitidas pela Sitesharing Brasil (aprox. 13% do seu capital social) para o Sr. Flavio.

03/08/2009 - Contrato de compra e venda em que a Sestri vende ao Sr. Flavio todas as suas 25.453.754 ações da Sitesharing Brasil (aprox. 67% do capital). Após esta etapa, a composição societária da Sitesharing Brasil passou a ser: 80% Flavio e 20% Servsite.

10/09/2009 - Pré-acordo: carta confidencial enviada ao Sr. Flavio pela American Tower do Brasil (cópia do original em inglês e da tradução às fls. 1817/1842), no intuito de estabelecer certos entendimentos não vinculantes e certos acordos vinculantes entre American Tower do Brasil (a “Compradora”), Ssitesharing Brasil (a “Companhia”) e o

acionista da Companhia Sr. Flavio (o “Vendedor”). A carta tratava da possível aquisição, pela “Compradora” American Tower do Brasil, dos negócios de torres da “Companhia” Sitesharing Brasil e tinha natureza de pré-acordo, evidenciando que as tratativas de negociação tiveram início em data anterior.

11/01/2010 - Registro junto à Jucesp (fls. 1848/1905): Sitesharing NE aumenta seu capital de R\$ 100.000,00 para R\$ 16.619.471,00. O aumento de capital foi subscrito e integralizado pelo sócio Sitesharing Brasil mediante a entrega de ativos caracterizados por construções de “sites” e equipamentos de torres de transmissão de telefonia celular, implantados em terrenos de terceiros.

01/09/2010 - Cisão parcial da Sitesharing Brasil, com versão de patrimônio de R\$ 44.382.330,00 constituído pela participação societária que a companhia detinha na incorporadora Sitesharing NE e também por outros ativos (torres de telecomunicações). Nesta etapa, concluiu-se a transferência dos ativos de interesse da American Tower para a Sitesharing NE.

o Em decorrência da cisão da Sitesharing Brasil, o seu acionista Flavio teve suas ações canceladas e, em contrapartida, recebeu 9.184.531 ações ordinárias da incorporadora Sitesharing NE.

o As ações que eram de titularidade da Sitesharing Brasil e incorporadas pela própria emitente Sitesharing NE também foram atribuídas ao beneficiário da cisão Flavio que, assim, recebeu mais 16.619.461 ações ordinárias.

o Com a cisão, o capital da Sitesharing NE foi aumentado para R\$ 25.804.002,00. O Sr. Flavio passou a deter 25.803.992 ações (99,99996%) e o Sr. Luigi Cosenza permaneceu com 10 ações (0,00004%).

o A cindida Sitesharing Brasil teve seu capital reduzido de R\$ 38.150.414,00 para R\$ 7.630.082,00 e passou a ser uma subsidiária integral da Servsite (7.630.082 ações).

o Na mesma data da cisão, as 10 ações detidas por Luigi foram transferidas para Flavio.

01/10/2010 - Contrato de Intermediação celebrado entre Flavio e a empresa Castelumare Serviços em Gerenciamento de Torres Ltda. (CNPJ 07.769.363/0001-35), cujo representante legal era o Sr. Luigi Cosenza. Como remuneração pelos serviços de intermediação realizados (o Intermediador teria prospectado o mercado e obtido êxito em aproximar o Vendedor Flavio e a empresa American Tower do Brasil), Flavio se obrigou a pagar ao Intermediário a quantia de R\$ 100.000.000,00. Intimada, a American Tower do Brasil não reconheceu a participação da empresa Castelumare no negócio, mas observou que Flavio teria declarado ter contratado os seus serviços, assumindo única e inteira responsabilidade sobre a sua remuneração. O pagamento, concluiu a autoridade fiscal, serviu como compensação a Luigi Cosenza pela concordância com a realização das operações pouco ortodoxas das ações da Sitesharing NE para Flavio.

17/02/2011 - “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (fls. 1986/2029) celebrado entre Flavio (Vendedor) e American Tower do Brasil (Comprador) e Sitesharing Brasil (Interveniente anuente). É o instrumento definitivo de aquisição de todas as 25.804.002 ações ordinárias emitidas pela Sitesharing NE. Nesse instrumento constam cláusulas que estabelecem as parcelas do preço pactuado, bem assim a forma de cálculo de cada parcela. Pelas informações prestadas pelo sujeito passivo, o preço total de aquisição ficou em R\$ 926.848.111,77 (parcelas pagas de 01/03/2011 a 07/10/2011), correspondendo a um ágio de R\$ 853.707.240,11. A origem dos recursos utilizados para pagamento do preço, segundo informado pelo contribuinte, seria a seguinte:

Em relação às aquisições de participações societárias mencionadas no Item 2, informamos:

a.1) Origem dos recursos - Aquisição Sitesharing Ne S/A:

- Aproximadamente R\$ 550 milhões – empréstimo concedido por sociedade(s) pertencente(s) ao grupo da INTIMADA no exterior
- Aproximadamente R\$ 340 milhões – aumento de capital
- Aproximadamente R\$ 40 milhões – recursos financeiros acumulados na ATC Brasil.

A partir dos elementos disponíveis, a autoridade fiscal constatou que houve simulação relativa, uma vez que o negócio aparente é a compra e venda de participação societária, ao passo que o negócio jurídico real foi a aquisição de torres de telecomunicações (“sites”). A simulação perpetrada pela Sitesharing Brasil e pelas pessoas físicas Sr. Luigi Cosenza e Sr. Flavio Ognibene Guimarães incluiu a transferência para este último da titularidade das ações da Sitesharing NE, que serviu de “canal de passagem” dos ativos de interesse da adquirente American Tower, havendo conluio entre as partes para ocultar o verdadeiro objeto do contrato, ao mesmo tempo que reduzia a tributação do ganho de capital, eis que apurado pela pessoa física (Flavio). O Sr. Luigi recebeu R\$ 100.000.000,00 pela suposta intermediação do negócio e a American Tower do Brasil, por sua vez, pretendia amortizar fiscalmente o ágio gerado nesta aquisição de ações. As condutas praticadas são evidentemente dolosas e tinham como objetivo a redução de tributo mediante fraude, concluiu a fiscalização.

1.2) 2ª OPERAÇÃO: AQUISIÇÃO DA NEXTEL TORRES E EQUIPAMENTOS LTDA.

No ano de 2013, o grupo American Tower pactuou e efetuou as seguintes operações societárias com o grupo Nextel:

06/05/2013 - Registro na Jucesp da constituição da sociedade Nextel Torres e Equipamentos Ltda. (**Nextel Torres**), CNPJ 18.055.619/0001-69, tendo como sócios Nextel Telecomunicações S.A., CNPJ 00.169.369/0001-22, com 1 quota, e Nextel Telecomunicações Ltda. (**Nextel Telecomunicações**), CNPJ 66.670.229.0001-67, com 999 quotas, sendo o seu capital social de R\$ 1.000,00.

03/07/2013 - Registro na Jucesp de alteração contratual (da Nextel Torres) em que se retira da sociedade a Nextel Telecomunicações S.A., que transfere a sua única quota à Nextel Telecomunicações Ltda., e esta passa a ser a única sócia da Nextel Torres.

08/08/2013 - “Contrato Principal de Compra e Venda” (“Master Purchase and Sale Agreement”), originariamente redigido em língua inglesa entre Nextel Telecomunicações (Vendedora) e American Tower do Brasil (Compradora) e Nextel Torres (“Empresa de Torres”), que formalmente aparenta tratar da compra e venda de quotas societárias. Todavia, uma análise detalhada das cláusulas do contrato indica que o objeto jurídico é, na realidade, a aquisição dos ativos “sites” (que compreendem torres, equipamentos e benfeitorias). A “Empresa de Torres”, por seu turno, é uma empresa veículo que serviu para transferir os ativos de interesse do Grupo American Tower por meio da sua posterior incorporação.

05/12/2013 - Aumento do capital social da Nextel Torres, passando de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00, pela criação de 359.306.196 quotas de valor nominal unitário de R\$ 1,00, totalmente subscritas e integralizadas pela única sócia Nextel Telecomunicações mediante a conferência de bens (“sites” listados no Anexo I da alteração do contrato social) que eram de interesse do Grupo American Tower.

06/12/2013 - Contrato complementar ao primeiro contrato de compra e venda (“Master Infrastructure Assignment Agreement” – MIAA) tendo por objeto o arrendamento das torres de telecomunicações entre a “Empresa de Torres” e a Nextel Telecomunicações (Vendedora).

06/12/2013 - Alteração contratual da “Empresa de Torres”, formalizando a saída de Nextel Telecomunicações do quadro societário e o ingresso da American Tower do Brasil – Cessão de Infraestruturas Ltda.. Nesta mesma ocasião, o nome empresarial da sociedade deixa de ser Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e passa a ser American Tower do Brasil II – Cessão de Infraestruturas Ltda. Nesta data (“Data de Fechamento”), segundo informou a fiscalizada, houve o pagamento da primeira parcela relativa à aquisição. As três parcelas pagas pelas quotas totalizaram R\$ 796.570.471,73 (custo de aquisição), correspondendo a um ágio de R\$ 437.589.027,46, e a origem dos recursos teria sido:

a.2] Origem dos recursos - Aquisição Nextel Torres e Equipamentos Ltda:

- Aproximadamente R\$ 403 milhões – empréstimo concedido por sociedade(s) pertencente(s) ao grupo da INTIMADA no exterior
- Aproximadamente R\$ 410 milhões – aumento de capital.

13/05/2014 - Registro na Jucesp da Ata de Reunião de Sócios da American Tower do Brasil – Cessão de Infraestruturas Ltda., datada de 30/12/2013 (fls. 180/195), que aprovou o Instrumento de Justificação e Protocolo da incorporação da sociedade American Tower do Brasil II – Cessão de Infraestruturas Ltda. (novo nome empresaria da “Empresa de Torres”). Ou seja, menos de um mês após a assinatura, em 06/12/2003, do

acordo de arrendamento das torres e da data do fechamento da “venda das quotas” da “Empresa de Torres”, esta última, que recebeu os ativos de interesse do Grupo American Tower, foi incorporada pela American Tower do Brasil.

A autoridade fiscal identificou diversas inconsistências ao cotejar o negócio tal como formalizado e os demais elementos disponíveis, tais como as Notas Explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras da Nextel Telecomunicações S.A. e outros documentos e esclarecimentos fornecidos pela fiscalizada. O fato de o contrato de compra e venda e o de arrendamento das torres serem redigidos em inglês, a alusão a sociedades controladoras estrangeiras nesses contratos, bem assim estipulação de pagamentos de depósito em garantia em dólares norte-americanos, são indicadores de que a real adquirente dos “sites” não é a empresa domiciliada no Brasil.

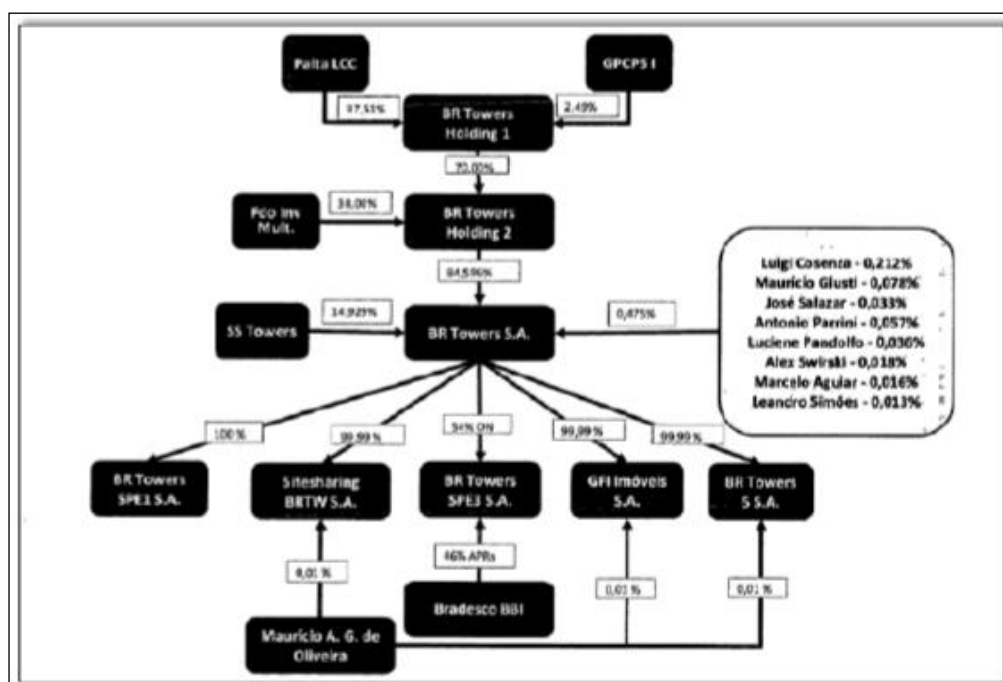
Em 09/08/2013, a NII Holdings, Inc., controladora estrangeira do Grupo Nextel emitiu comunicado à imprensa anunciando a venda, seguida de arrendamento, de aproximadamente 2.790 torres no Brasil e 1.666 torres no México, com a American Tower Corp.. Na mesma data, esta última também divulgou “Press Release” confirmando que tais negociações ocorreram entre as controladoras dos grupos econômicos. Tanto aquele comunicado como este “press release” foram arquivados na SEC (U.S. Securities and Exchange Commission).

A fiscalização entendeu que o grupo American Tower, que adquiriu a empresa para a qual foram direcionados os ativos de seu interesse (“sites”) e, apenas algumas semanas depois, incorporou a referida empresa, nunca teve interesse em realizar investimento societário, mas tão somente gerar situação, totalmente artificial, que permitisse o enquadramento numa das hipóteses de amortização fiscal do ágio criado na operação.

Conclui a autoridade fiscal que a simulação de negócio jurídico com o intuito de reduzir tributo caracteriza fraude (art. 72, Lei nº 4.502/64), não se podendo afastar também o conluio ocorrido entre as partes (art. 73, Lei nº 4.506/64), pois restou evidente a pactuação de cláusulas contratuais que visavam ocultar o negócio jurídico efetivamente realizado, qual seja, a aquisição de “sites”.

1.3) 3ª OPERAÇÃO: AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO BR TOWERS

Antes da operação com o grupo American Tower, a estrutura do Grupo BR Towers era a seguinte:



A fiscalização destaca em sua análise os seguintes atos formalizados para aquisição, pelo grupo American Tower, e posterior incorporação de sociedades do grupo BR Towers:

13/06/2014 - Contrato de Compra de Ações (“Share Purchase Agreement”, original e tradução juntados às fls. 2828/3057), constando a American Tower do Brasil como “Compradora” e tendo por objeto a Compra e Venda de Ações da BR Towers S.A. (CNPJ 17.078.903/0001-98). São signatários como “Vendedores”: FIPJ Multisetorial Plus, Luigi Cosenza, Palta LLC, GPCP5 I – Fundo de Investimento em Participações e SS Towers Participações S.A.

16/10/2014 - 53ª alteração do contrato social da American Tower do Brasil em que o capital social foi aumentado em R\$ 2.000.000.000,00 mediante a criação de 2 bilhões de novas quotas, de valor nominal de R\$ 1,00 cada, totalmente subscritas pela sócia majoritária ATC South America Holding LLC (**ATC South America**), sendo 21.017.280 quotas integralizadas naquele ato em moeda corrente nacional e as 1.978.982.720 quotas restantes a serem integralizadas no prazo de 5 anos contados daquela data.

07 e 10/11/2014 - 54ª alteração do contrato social da American Tower do Brasil, datada de 02/03/2015, em que as sócias reconhecem a integralização do capital subscrito pela ATC South America ocorrida em 07/11/2014, no montante de R\$ 319.902.500,00, bem assim no dia 10/11/2014, no valor de R\$ 436.008.926,00. Nos dois casos, a integralização se deu com fundos remetidos através dos contratos de câmbio mencionados na alteração contratual e que, consoante informou o contribuinte, seriam oriundos de empréstimos recebidos de sociedades do grupo American Tower situadas no exterior. Remanesciam pendentes de integralização 1.223.071.294 quotas.

19/11/2014 - pagamentos efetuados pela American Tower do Brasil pela aquisição das empresas do grupo BR Towers:

Mês	Data	Valor	Referência
Novembro/2014	15/11/2014	189.123.478,88	Anexo 3.2.3 - Página 1
Novembro/2014	15/11/2014	300.236.794,96	Anexo 3.2.3 - Página 2
Novembro/2014	15/11/2014	17.420.207,19	Anexo 3.2.3 - Página 3
Novembro/2014	15/11/2014	683.124.381,68	Anexo 3.2.3 - Página 4
Novembro/2014	15/11/2014	46.562.483,32	Anexo 3.2.2 - Cláusulas 2.3 e 2.4
Novembro/2014	15/11/2014	51.199.498,20	Anexo 3.2.2 - Cláusulas 2.3 e 2.4
Novembro/2014	15/11/2014	134.342.101,82	Anexo 3.2.2 - Cláusulas 2.3 e 2.4
Junho/2015	30/06/2015	(26.142.796,00)	Anexo 3.2.2 - Cláusulas 2.3 e 2.4
SUBTOTAL		1.395.866.150,05	Anexo 3.2.4 - Item 1, Página 2
Novembro/2014	15/11/2014	28.302.318,41	Anexo 3.2.6
Novembro/2014	15/11/2014	12.134.477,28	Anexo 3.2.5
Novembro/2014	15/11/2014	397.064,02	Anexo 3.2.7
Total		1.436.700.009,76	

30/01/2015 - Protocolo e Justificação de Incorporação da BR Towers 3 S.A. e da BR Towers 5 S.A. pela American Tower do Brasil.

31/03/2015 - Protocolo e Justificação de Incorporação da Sitesharing BRTW S.A. pela American Tower do Brasil.

Diferentemente do que se constatou nas duas aquisições anteriores, em que havia um negócio jurídico dissimulado que era a compra de ativos ("sites"), a autoridade fiscal reconhece que nesta terceira operação houve efetiva aquisição de participação societária.

No entanto, no negócio celebrado com o grupo BR Towers também se verificou, com provas contundentes, que a real adquirente da participação societária foi a American Tower Corporation, a controladora do grupo American Tower situada no exterior, e não a sua subsidiária brasileira American Tower do Brasil, que serviu apenas como canal de passagem para os recursos financeiros oriundos de empresas vinculadas no exterior. Neste caso, houve a simulação relativa subjetiva.

A fiscalização indica diversas evidências que corroboram a sua conclusão.

Nas Notas às suas Demonstrações Financeiras Consolidadas (Formulário 10-K enviado à SEC) verifica-se que a American Tower Corporation se refere à aquisição da BR Towers e em nenhum momento cita a sua subsidiária no Brasil como adquirente. Um "Press Release", igualmente obtido da SEC, confirma que a negociação foi conduzida pela controladora do grupo American Tower Corporation.

Os recursos necessários para a aquisição, por sua vez, vieram das empresas do grupo localizadas no exterior a menos de duas semanas da data em que os pagamentos deveriam ser efetuados. Intimada a indicar a origem dos recursos, a American Tower do Brasil respondeu:

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

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

Conforme relatado acima, houve integralização de capital subscrito por sócio da American Tower do Brasil em novembro/2014 (R\$ 755.911.426,00), poucos dias antes dos pagamentos efetuados em 19/11/2014. Também houve, conforme informou o contribuinte, empréstimos concedidos por empresas do grupo situadas no exterior:

c) Aquisição BRTowers 3 S.A / BRTowers 5 S.A / Sitiesharing BRTW S.A:

Do valor total das aquisições (R\$ 1.436.700.000,00), aprox. R\$ 831 milhões foram financiados por empréstimos concedidos por sociedade (s) pertencente (s) ao grupo da INTIMADA no exterior (vide quadro sintético abaixo e cópias de 13 contratos de empréstimo):

data	Através do Banco	Emprestimos	Valor R\$	Amount - USD
11/11/2014	Bank of America	ATC Brazil Cooperatief UA	64.092.500	25.000.000
11/11/2014	Barclays	ATC Brazil Cooperatief UA	64.080.000	25.000.000
11/11/2014	Barclays	ATC Brazil Cooperatief UA	64.020.000	25.000.000
12/11/2014	HSBC	ATC Brazil Cooperatief UA	64.075.000	25.000.000
12/11/2014	HSBC	ATC Brazil Cooperatief UA	64.087.500	25.000.000
12/11/2014	HSBC	ATC Brazil Cooperatief UA	64.050.000	25.000.000
11/11/2014	Santander	ATC Brazil Cooperatief UA	64.002.500	25.000.000
11/11/2014	Banco Tokyo	ATC Brazil Cooperatief UA	64.092.500	25.000.000
11/11/2014	Banco Tokyo	ATC Brazil Cooperatief UA	64.102.500	25.000.000
12/11/2014	Santander	ATC Brazil Cooperatief UA	63.597.500	25.000.000
12/11/2014	Banco Tokyo	ATC Brazil Cooperatief UA	63.585.000	25.000.000
13/11/2014	HSBC	ATC Brazil Cooperatief UA	63.500.000	25.000.000
13/11/2014	HSBC	ATC Brazil Cooperatief UA	63.555.000	25.000.000
	Sub-total		690.580.000	325.000.000

Resta evidenciado, assim, que a American Tower do Brasil serviu apenas como canal de passagem para os recursos vindos do exterior.

A controladora American Tower Corporation, situada no exterior, é uma REIT (“Real Estate Investment Trust”), que corresponde a uma estrutura societária que apresenta características de fundo de investimento e de empresa. No caso, a adquirida BR Towers passa a integrar os seus Fundos Ajustados das Operações (“Adjusted Funds From Operations” – AFFO) e as suas receitas são provenientes da locação de espaço nos “sites” (torres de telecomunicações), compondo o caixa disponível para a distribuição de dividendos aos acionistas dos fundos.

Em síntese, a forma de atuação do Grupo American Tower é a seguinte: a estrutura do REIT capta os recursos financeiros; estes montantes são repassados às subsidiárias locais (Brasil, México, Índia, etc.) via empréstimos ou aumento de capital, os recursos recebidos são utilizados para a aquisição dos ativos (sites) e a receita de locação dos “sites” e/ou os juros sobre os empréstimos concedidos retornam ao REIT para a distribuição de dividendos aos acionistas.

A American Tower do Brasil, por sua vez, não tinha o poder de decisão para realizar o investimento, muito menos possuía os recursos financeiros para realizar a operação,

tendo atuado com o simples “canal de passagem” para os recursos que vieram do exterior, provenientes do real adquirente da participação societária.

Conclui a autoridade fiscal que o ágio pago na operação é bom e poderia ser fiscalmente amortizado pelo real adquirente da participação societária que, no entanto, não é a subsidiária local.

1.4) DA SIMULAÇÃO E DA GLOSA DO ÁGIO INDEVIDAMENTE AMORTIZADO

Ante as suas constatações, entendeu a autoridade fiscal ter ocorrido a simulação do negócio jurídico, tornando-o nulo nos termos do art. 167 do Código Civil, subsistindo assim o negócio dissimulado, se válido for na sua substância e na forma.

A simulação é absoluta quando as partes não pretendem praticar, na realidade, ato jurídico algum e o ato simulado não encobre a realização de qualquer outro. A simulação é relativa quando as partes manifestam uma vontade contrária à vontade real, com intuito de aparentar um negócio jurídico que não corresponde àquele que realmente almejam.

A simulação relativa se subdivide em subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, tem-se como foco os participantes do negócio, ocorrendo a interposição de pessoa. Já na simulação relativa objetiva, o enfoque está na natureza, no objeto ou em um dos elementos do contrato.

Assim, nas aquisições das empresas Sitesharing NE e Nextel Torres pelo grupo American Tower (1ª e 2ª operações resumidas acima), restou evidente a ocorrência de simulação objetiva em razão das seguintes características:

- i) Falsa declaração bilateral da vontade: Os contratos formalizados têm como objeto a compra e venda de participação societária.
- ii) Vontade exteriorizada que diverge da vontade real: Há um negócio jurídico aparente (simulado), consistente na compra e venda de participação societária, quando se deseja, de fato, a realização de outro negócio jurídico (dissimulado), caracterizado pela compra e venda de torres de telecomunicações (“sites”).
- iii) Acerto com a outra parte: Em ambas as operações houve conluio entre as partes comprovado por cláusulas contratuais ou por pré-acordos que deixavam claro a existência de dois negócios jurídicos, um simulado e outro dissimulado.
- iv) Objeto de iludir terceiro: A forma de realização das operações possuía motivação preponderantemente tributária. Na 1ª operação, Flavio Ognibene Guimarães buscava reduzir a tributação sobre o ganho de capital obtido na alienação dos ativos, levando a tributação para a pessoa física. Já a American Tower, em ambas as operações, desejava amortizar fiscalmente, em sua subsidiária local, o ágio criado, o qual não existiria em uma operação de compra e venda de torres de telecomunicações. A alegada motivação

(aparente) de cada negócio jurídico era a realização de investimento societário enquanto a motivação real era a possibilidade de amortizar fiscalmente o ágio gerado na operação. Na forma como foram estruturadas, as operações geraram redução indevida de tributo e, portanto, dano direto ao Erário e indireto a toda a sociedade.

Assim, com fundamento no inc. II, do art. 167, do CC, ante a nulidade dos dois negócios jurídicos simulados (simulação relativa objetiva), não há ágio a ser fiscalmente amortizado pelo sujeito passivo, pois um negócio jurídico não pode gerar efeito tributário que implique redução de tributo.

Quanto à 3ª operação, verificou-se a ocorrência de simulação relativa subjetiva, caracterizada pela utilização de interposta pessoa colocada apenas formalmente como adquirente das participações societárias das empresas do Grupo BR Towers. A subsidiária local American Tower do Brasil serviu apenas como canal de passagem para os recursos financeiros oriundos de empresas vinculadas no exterior.

Neste caso (simulação relativa subjetiva), o fundamento legal para a desconsideração da pessoa interposta é o inc. I, do art. 167, do CC. Logo, o ágio pago existe, mas não é fiscalmente amortizável pela subsidiária local (sujeito passivo), visto que não é ela a real adquirente das participações societárias. Não houve a necessária confusão patrimonial entre investidor e investida que permitisse a amortização fiscal do ágio pago na aquisição da participação societária.

Os efeitos fiscais atinentes ao ágio, na situação em apreço, estão regulados nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que corresponde a uma norma excepcional de dedução fiscal quando ocorrer confusão patrimonial entre as empresas investidora e investida. É dispositivo legal destinado a regular os casos de fusão, cisão e incorporação que tenham real motivação societária, não podendo ser invocado para justificar operações com intuito preponderantemente tributário.

As três operações de aquisição de participações societárias em apreço possuem finalidade preponderantemente tributária e, portanto, caracterizam simulação da hipótese legal com o intuito de obter vantagem fiscal.

Sendo assim, a amortização do ágio oriundo dessas três operações, deduzida fiscalmente nos anos-calendário de 2012 a 2015, foi objeto de glosa pela autoridade fiscal, conforme demonstrativo constante no Anexo 57 (fls. 4003).

Em que pese estar evidenciada a simulação relativa objetiva nas aquisições da Sitesharing NE e da Nextel Torres (1ª e 2ª aquisições) – que, por si só, autoriza a glosa do ágio – a autoridade fiscal acrescenta que nessas duas operações também está caracterizada a simulação relativa subjetiva, pois restou demonstrado que a real adquirente foi a controladora situada no exterior, e não a subsidiária local (o sujeito passivo). Consoante já exposto anteriormente, os contratos originais foram redigidos em língua inglesa e os recursos foram recebidos de sociedades do grupo localizadas no exterior, via aumento de capital ou de empréstimos, em datas próximas das datas em

que os pagamentos deveriam ser efetuados ao vendedor. Tais elementos, assim como os comunicados à imprensa feitos pela controladora no exterior, corroboram o entendimento que a American Tower do Brasil não era a real adquirente.

1.5) DA GLOSA DAS DESPESAS FINANCEIRAS REFERENTES AOS EMPRÉSTIMOS DAS EMPRESAS VINCULADAS

Verificou-se, junto aos Cartórios de Títulos e Documentos do município de São Paulo, que em 17/10/2011 foi assinado “Contrato de Empréstimo Consolidado” entre American Tower do Brasil e American Tower International, Inc., em que esta última concordou em consolidar os empréstimos concedidos à primeira, no valor principal original de US\$ 448.509.230,83. Neste montante estavam incluídos os empréstimos para a “aquisição” da Sitesharing NE, concedidos em fevereiro e abril de 2011.

Na mesma data, 17/10/2011, American Tower do Brasil (Parte Garantidora) e American Tower International, Inc. (Parte Garantida) firmaram Contrato de Penhor (fls. 3327/3348) em que a Parte Garantidora, com o objetivo de garantir o cumprimento do “Contrato de Empréstimo Consolidado”, concordou em empenhar, em favor da Parte Garantida, todas as torres de telecomunicações descritas no Anexo 2 daquele contrato e todos os direitos decorrentes dos contratos de locação dos terrenos onde as torres estavam instaladas.

Constatou-se ainda a existência de outros contratos de penhor envolvendo o sujeito passivo, que tinham como objeto as torres de telecomunicações e direitos de arrendamento dos terrenos onde elas estavam instaladas, celebrados em 2013, 2014 e 2015.

No Contrato de Penhor celebrado em 2013 (fls. 3349/3543) são indicadas quatro Partes Garantidas (penhor de 1º a 4º grau): American Tower International, Inc. (Parte Garantida 1, sociedade sediada nos Estados Unidos), AT Netherlands C.V. (Parte Garantida 2, sociedade limitada holandesa), AT Sao Paulo C.V. (Parte Garantida 3, sociedade limitada holandesa) e ATC Brazil Coöperatief U.A. (Parte Garantida 4, cooperativa holandesa).

Consta desse contrato que, em 05/10/2012, a Parte Garantida 1 transferiu a titularidade econômica da dívida consolidada, da qual era credora perante a American Tower do Brasil, para a Parte Garantida 2, em troca de certificado de empréstimo. Portanto, a American Tower International, Inc. cedeu os direitos sobre a dívida consolidada em troca de um direito de crédito relativo ao empréstimo concedido. Na mesma data, ocorreram operações idênticas entre as Partes Garantidas 2, 3 e 4, de tal sorte que, ao final, os direitos sobre a dívida ficaram com a ATC Brazil Coöperatief U.A. (Parte Garantida 4).

A partir de 2012, a American Tower International, Inc. afastou-se do quadro de quotistas da subsidiária local (era minoritário) e não figurava mais como seu credor direto, relativamente aos empréstimos em tela, cujo titular passou a ser a ATC Brazil

Coöperatief U.A., que por sua vez tinha como subsidiária integral a ATC South American Holding, LLC, que era a sócia majoritária do sujeito passivo.

Os empréstimos utilizados para as aquisições da Nextel Torres, em 2013, e da BR Towers, em 2014, foram concedidos, respectivamente, pelas sociedades ATC South American Holding, LLC e ATC Brazil Coöperatief U.A., sendo a primeira subsidiária integral da segunda e ambas controladas, indiretamente, pela American Tower International, Inc..

Como visto acima, continua a autoridade fiscal, em 2012 a Parte Garantida 4 passou a ser detentora dos direitos sobre a dívida consolidada da American Tower do Brasil e, portanto, os pagamentos de juros daquela dívida passaram a fornecer recursos para a concessão de novos empréstimos.

À medida que novos empréstimos eram concedidos e novas aquisições de torres eram realizadas, outros Contratos de Penhor também eram celebrados, como o de 2014 (fls. 3544/3754) e o de 2015 (fls. 3755/3969), acrescentando os novos ativos (torres de telecomunicações e direitos de arrendamento de terrenos) em garantia da dívida.

É possível afirmar, a partir da relação de pagamentos relativos aos empréstimos fornecida pela fiscalizada, que as operações de empréstimo para a subsidiária local, tanto aquelas consolidadas em 2011 como as que foram posteriormente realizadas, não tiveram qualquer amortização do valor principal, pelo menos até 17/07/2018, tendo ocorrido apenas pagamentos de juros. Percebe-se, ainda, que vários contratos foram repactuados e nenhuma parcela do principal era amortizado, prosseguindo-se o pagamento de juros.

Constam relacionados nos Contratos de Penhor de 2014 e 2015, sequências de empréstimos concedidos a partir do final de 2013 que começam com a American Tower International, Inc. emprestando para AT Sao Paulo C.V., esta segunda para a ATC Brazil Coöperatief U.A. e esta terceira para a American Tower do Brasil. As movimentações caracterizavam verdadeiro fluxo financeiro, levando recursos da American Tower International, Inc. para a American Tower do Brasil.

Sabe-se que a American Tower International, Inc. é controlada, indiretamente, pela American Tower Corporation, e que esta última é a principal captadora de recursos junto aos investidores em bolsa de valores. Tanto o poder de decisão para realizar investimentos quanto os recursos necessários para este fim sempre estiveram fora do Brasil, ficando claro que a real adquirente das torres da Sitesharing NE e da Nextel Torres e das participações societárias do grupo BR Towers é a holding American Tower Corporation.

Concluiu a autoridade fiscal que as despesas financeiras em análise não são dedutíveis para o sujeito passivo porque ele não é o real adquirente dos ativos. Logo, nos termos do art. 299 do RIR/99, tais despesas não são necessárias para a American Tower do

Brasil (sujeito passivo) e devem ser glosadas, consoante demonstrativo no Anexo 55 (fls. 3998).

1.6) DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E DA MULTA ISOLADA

A definição de fraude fiscal contida no art. 72 da Lei nº 4.502/1962 pressupõe a existência de diversos requisitos, dentre eles, a ocorrência de conduta ativa ou omissiva. No presente caso, as seguintes condutas, analisadas em seu conjunto, revelam a finalidade de reduzir tributo, mediante a amortização de ágio e a dedução de despesas com juros, realizadas de forma indevida:

a) Em relação ao Ágio:

- realização de operação societária que permitisse a geração de ágio;
- incorporação da sociedade cuja participação societária foi adquirida com ágio; e
- amortização fiscal do ágio.

b) Em relação às Despesas Financeiras:

- obtenção de empréstimos junto a empresas vinculadas;
- amortização dos juros;
- repactuação dos empréstimos sem amortização do valor principal; e
- dedução dos juros como despesa financeira

Quanto ao caráter doloso da conduta, sob o prisma da lei tributária, verifica-se que, nas três operações societárias em análise, os negócios jurídicos simulados tiveram como objetivo criar artifícios que pudessem reduzir as bases de cálculo dos tributos (IRPJ/CSLL) em detrimento do Erário, por meio de estratégias que aparentavam licitude. Contudo, quando examinados a fundo, revelavam a simulação.

A amortização do ágio e a dedução de despesas financeiras, ambas efetuadas de forma indevida, geraram redução da base de cálculo do tributo, modificando, desse modo, uma das características essenciais da regra matriz tributária. E, em face da resultante redução do imposto, impõe-se a aplicação da multa qualificada de 150% (Lei nº 9.430/1996, art. 44, inc. I e § 1º), por constatada a fraude.

Em decorrência da glosa fiscal, cabe também a aplicação da multa isolada de 50% (art. 44, inc. II e alínea 'b', Lei nº 9.430/1996) pela redução indevida das estimativas mensais de IRPJ e CSLL apuradas pelo sujeito passivo por meio de balancetes de suspensão/redução, conforme calculado no demonstrativo no Anexo 56 (fls. 3999/4002)".

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformado com a autuação fiscal, a contribuinte apresentou extensa peça impugnatória (fls. 4025/4144) na qual, após descrever as operações de aquisição da Sitesharing NE, da Nextel Torres e do grupo BR Towers, passou a desfilar seus argumentos, cujos excertos principais são abaixo reproduzidos:

> Em sede de preliminar, a Requerente requer a declaração de nulidade do Auto de Infração, com a consequente extinção da exigência tributária por duas razões:

(i) Fundamentação Legal | Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa: a D. Fiscalização não indicou os dispositivos legais que teriam sido infringidos, limitando-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas;

(ii) Ingerência da D. Fiscalização na Liberdade da Esfera Privada: não compete à D. Fiscalização fazer juízo de valor em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, a Requerente não praticou nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da D. Fiscalização de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade do Auto de Infração que questiona o modelo de aquisição adotado (i.e., aquisição alavancada).

> Ainda em sede de preliminar, a Requerente requer o cancelamento das exigências fiscais relativas ao ágio decorrente da aquisição da Sitesharing NE e à dedução de despesas financeiras e de amortização do ágio realizadas no ano-calendário de 2012, uma vez que já alcançadas pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

> No que diz respeito às despesas de ágio, a Requerente requer o integral acolhimento de suas razões de Direito e consequente extinção da exigência tributária:

(i) Primeira Razão | A Requerente foi a real adquirente das participações societárias: conforme exhaustivamente demonstrado na presente Impugnação, a Requerente foi a real adquirente das participações societárias da Sitesharing NE, da Nextel Torres e das empresas da BR Towers, uma vez que essa sociedade foi quem efetivamente pagou o preço de compra, adquiriu os investimentos e consolidou as atividades operacionais de todas das empresas adquiridas. Dessa forma, alegações de que a decisão de compra foi em última análise aprovada pela controladora a Requerente no exterior, os recursos financeiros necessários para a aquisição foram obtidos de empresas relacionadas estrangeiras ou que os contratos de aquisição indicariam a participação dos controladores estrangeiros nas transações entre as sociedades brasileiras não seriam suficientes para desqualificar a condição de “real adquirente” das participações societárias da Requerente;

(ii) Segunda Razão | As aquisições foram de empresas e não de ativos isolados: restaram demonstradas e comprovadas, ao longo dessa Impugnação, as razões econômicas e negociais para a constituição das empresas Sitesharing NE e Nextel Torres antes das aquisições pela Requerente, afastando-se qualquer alegação de existência de “empresa-veículo” ou de estrutura simulada com a única intenção de criar ágio amortizável para fins fiscais. No caso especificamente da Sitesharing NE, restou demonstrado ainda que essa empresa foi operacional desde o momento da sua aquisição, em 2009, antes da demonstração de

qualquer interesse pela Requerente de adquirir o negócio de torres do Grupo Sitesharing. Já para a aquisição da Nextel Torres, restou demonstrada a impossibilidade da aquisição de quase dois mil sites individualmente pela Requerente, sendo indispensável a constituição da Nextel Torres antes da operação, que mais do que ativos isolados, recebeu um negócio, composto por torres, equipamentos e contratos de locação, o qual foi posteriormente consolidado pela Requerente;

(iii) Terceira Razão | Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária: ainda que a Requerente, ou a Sitesharing NE ou a Nextel Torres, não tivesse toda a substância econômica e negocial já demonstrada, o que se admite para argumentar, o Auto de Infração ora impugnado não poderia subsistir porque o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir pessoas jurídicas para realizarem um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais). Ademais, vale ressaltar que, caso não seja configurada dolo, fraude ou simulação, a D. Fiscalização **já** pode desconsiderar e reclassificar atos e negócios jurídicos perfeitamente acabados, pois o parágrafo único do artigo 116 do CTN, único dispositivo que permitiria essa possibilidade, ainda não está eficaz;

(iv) Ad argumentandum, ainda que se considere que as aquisições da Sitesharing NE e da Nextel Torres deveriam ser consideradas como compras de ativos isolados, o que se admite apenas para fins de argumentação, o direito da Requerente à amortização ou depreciação do valor dos bens e direitos adquiridas em razão das referidas transações deveria ser reconhecido, de acordo com a legislação aplicável;

(v) Quarta Razão | Todos os requisitos previstos nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 foram preenchidos: todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, a Requerente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo dessa Impugnação.

vi) Quinta Razão | Impossibilidade de invalidação de atos e contratos cuja produção de efeitos já tenha sido plenamente constituída: a jurisprudência administrativa vigente na época da amortização dos ágios pela Requerente era majoritária em aceitar a licitude do ágio gerado por intermédio das ditas “empresas veículo”. Sendo assim, ainda que se considere que as empresas envolvidas nas operações ora discutidas eram apenas sociedades veículos, por força do artigo 24 da LINDB, deve ser reconhecida que as condutas perpetradas pela Requerente estavam respaldadas no entendimento da jurisprudência administrativa majoritária e, portanto, devem ser aceitas, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica;

(vii) Sexta Razão | Recentes precedentes favoráveis ao Contribuinte em casos de alegação de veículo: há diversos precedentes recentes no E. CARF no sentido de que a utilização de “empresa veículo” não é suficiente para justificar sua desconsideração para fins do aproveitamento do benefício previsto na Lei 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis; e

(viii) Sétima Razão | Tributação dos Ganhos de Capital pelos Vendedores: os valores recebidos pelos vendedores em decorrência da venda das participações societárias na Sitesharing NE, na Nextel Torres e nas empresas do Grupo BR Towers para a Requerente foram devidamente sujeitos ao Imposto sobre a Renda (e pela CSL, quando aplicável) a título de ganho de capital. Por conta disso, o excedente de preço pago (ágio) deve ser considerado válido para fins de aproveitamento fiscal.

> No que diz respeito às despesas de juros, a Requerente, primeiramente, requer que ela seja reconhecida como a real adquirente da Sitiesharing NE, da Nextel Torres e das empresas do Grupo BR Towers. Além disso, a Requerente requer o integral acolhimento de suas razões de Direito e conseqüente extinção da exigência tributária, quais sejam:

(i) Primeira Razão | A estrutura de compra alavanca é usual e normal: as aquisições objeto de discussão no presente Processo Administrativo foram parcialmente financiadas pela contratação de dívidas pela Requerente. Esse tipo de estrutura, conhecida como compra alavanca, é usual e normal no contexto de aquisições, não podendo ser considerada abusiva ou “estranha” aos negócios implementados pela Requerente;

(ii) Segunda razão | As despesas de juros são necessárias, usuais e normais à Requerente: as despesas financeiras incorridas pela Requerente, derivadas dos empréstimos contratados para efetuar as transações em exame nesse Processo Administrativo, são consideradas como necessárias e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL. A possibilidade de a Requerente deduzir essas despesas financeiras está prevista no artigo 17, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.598/77, e também o artigo 31 da Lei 11.727/08;

(iii) Terceira Razão: A dedução das despesas financeiras não afrontou nenhuma das hipóteses limitadoras estabelecidas historicamente pela jurisprudência administrativa: nas operações em análise (a) as dívidas e os juros incorridos foram devidamente comprovados pela Requerente, sem qualquer questionamento da D. Fiscalização nesse ponto; e (b) os valores captados via empréstimo não foram transferidos a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores, hipótese que também nem foi suscitada pela D. Fiscalização;

(iv) Quarta Razão | Aplicação das regras de preço de transferência e subcapitalização: a dedução das despesas de juros incorridas no caso em exame só estariam sujeitas aos limites impostos pelas regras de preços de transferência (Lei 9.430/96) e de subcapitalização (Lei 12.249/10), regras que foram plenamente observadas pela Requerente. Assim, se a operação foi completamente efetuada de acordo com as regras que vigoravam à aquela época, não havia qualquer norma que limitasse ou proibisse a contratação de empréstimo junto a pessoa ligada, tal como efetuada pela Requerente; e

(v) Quinta Razão | As despesas financeiras incorridas pela Requerente trouxeram benefícios econômicos para ela própria: as despesas financeiras incorridas pela Requerente trouxeram benefícios sob a ótica dessa sociedade, na medida em que após as transações de aquisição de participações societárias, que só foram possíveis devido aos empréstimos contraídos, as atividades da Requerente foram expandidas, gerando mais receita tributável pelo IRPJ/CSL.

> A severa multa de 150% aplicada pela Fiscalização também deve ser prontamente afastada, mesmo que o crédito tributário discutido nestes autos seja mantido, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, isto é, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas pela Requerente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se coloca apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude.

> A Requerente jamais falsificou documentos ou “maquiou” livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Requerente registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a D. Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, portanto, a D. Fiscalização poderia alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas pela Requerente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa-fé da Requerente e acusá-la de ter incorrido em fraude.

> A D. Fiscalização aplicou também uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura do Auto de Infração ora impugnado. Trata-se de mais um excesso que deve ser imediatamente cancelado. A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ e CSL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do tributo, daí a sua denominação. Porém, quando o Fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ e CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada.

> A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária.

> A Requerente tem, portanto, por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência do Auto de Infração ora impugnado, bem como o equívoco cometido pela D. Fiscalização ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

> Assim sendo, a Requerente pleiteia o **acolhimento integral da presente Impugnação** e o imediato cancelamento do Auto de Infração (principal, multas e juros), com o conseqüente arquivamento do Processo Administrativo.

> Mesmo que o crédito principal seja mantido, o que se admite apenas para argumentar, a Requerente pleiteia a redução da multa de ofício de 150% para 75% por ausência de dolo, fraude, sonegação ou conluio nas operações analisadas neste Auto de Infração.

> A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

DA DECISÃO RECORRIDA

Apreciando a lide (fls. 6265/6309), a 8ª Turma da DRJ/SPO, depois de afastar a preliminar suscitada e informar que a decadência argüida seria analisada com o mérito, pontuou:

“III – DA AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

O ágio na aquisição de participações societárias decorre da aplicação do método da equivalência patrimonial (MEP), prescrito pela legislação societária (art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S.A.), cuja regra geral para fins fiscais definida nos arts. 20 e 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, segundo a redação vigente à época dos fatos analisados², era a seguinte (destaques incluídos):

(...)

Consoante dispunham os dispositivos do Decreto-lei nº 1.598/1977 acima reproduzidos (que correspondem aos arts. 385 e 391 do RIR/99), o ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial. O lançamento do ágio por ocasião da aquisição do investimento haveria de indicar o seu fundamento econômico, podendo ele ser: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, como regra geral, a amortização do ágio não era dedutível para fins fiscais (art. 25, DL 1.598/77) 3.

Mas o legislador introduziu, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, uma hipótese especial em que seria dedutível, para fins fiscais, a amortização do ágio (em negrito):

(...)

Ou seja, se a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, prevê o inc. III, do art. 7º, da Lei nº 9.532/1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718/1998, que o contribuinte pode amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b", do § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/1977 ("valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros") nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de até um sessenta avos por mês.

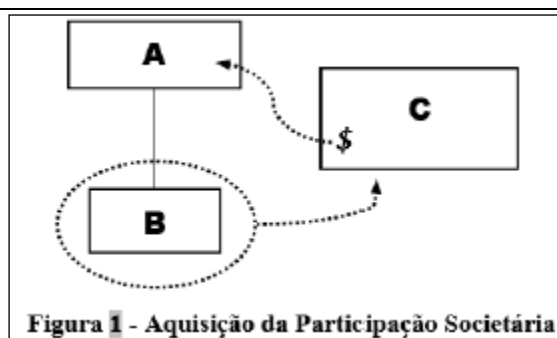
Destarte, consoante a hipótese excepcional acima delineada, apenas o ágio com fundamento em rentabilidade futura (alínea 'b', do § 2º, do art. 20) é

passível de amortização fiscal – na situação definida em lei – remanescendo indedutível a dedução na base de cálculo do IRPJ e da CSLL a amortização de ágios com outros fundamentos (alínea 'a': valor de mercado de ativos e alínea 'c': fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas).

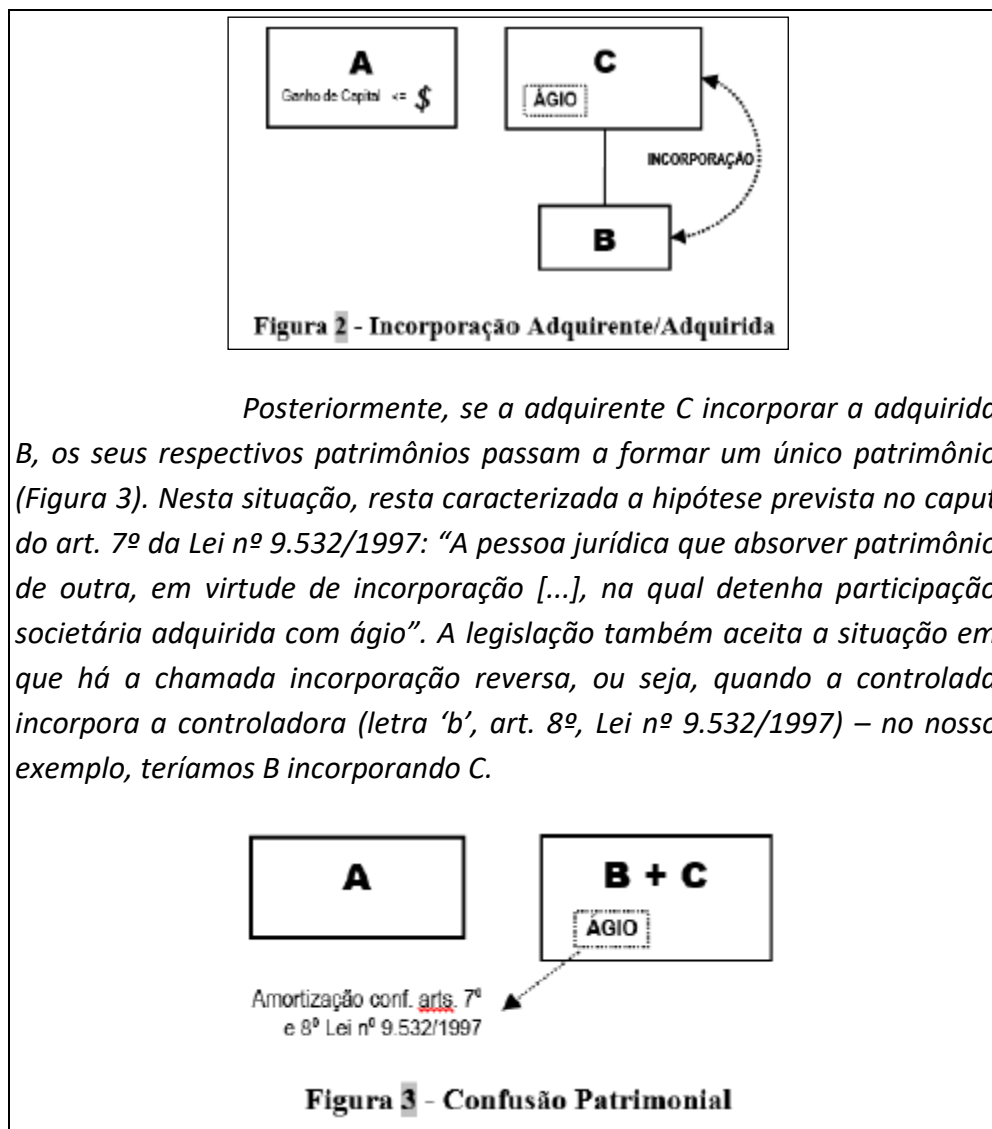
Para melhor visualização, podemos descrever esquematicamente a hipótese prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 conforme abaixo.

Tudo tem início com a aquisição de participação societária por uma outra pessoa jurídica, num contexto de combinação de negócios. Vale lembrar que nosso interesse, na presente análise, recai sobre os casos em que uma pessoa jurídica está disposta a adquirir participação societária por valor superior ao seu valor patrimonial, determinado segundo o método da equivalência patrimonial, por vislumbrar que os resultados previstos para os exercícios futuros justificam o pagamento do ágio. Obviamente, estamos a falar de combinação de negócios envolvendo duas empresas operacionais, isto é, que tenham atividade produtiva.

No exemplo da Figura 1, a pessoa jurídica C (operacional) adquire a participação societária na pessoa jurídica B (também operacional) que antes pertencia aos sócios/acionistas representados pela letra A, que poderiam ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas.



Efetivada a aquisição, os alienantes A apuram eventual ganho de capital e a adquirente C passa a deter a participação societária na sociedade B. Em seu ativo, o investimento é registrado pelo valor patrimonial e a diferença entre este valor e o custo de aquisição será registrado como ágio (Figura 2). Este ágio não é amortizável fiscalmente enquanto o investimento em B estiver constando no ativo da adquirente C.



Após a incorporação de B por C, ou vice-versa, ocorre a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida, e a sociedade resultante da incorporação pode amortizar o ágio que tiver como fundamento a expectativa de rentabilidade futura (alínea 'b', § 2º, art. 20, DL 1.598/77) à razão de 1/60 avos por mês, consoante autoriza a Lei nº 9.532/1997.

Este importantíssimo aspecto foi corretamente destacado pela autoridade fiscal pois, conforme se extrai diretamente do texto do caput do art. 7º supracitado, apenas é possível a amortização fiscal do ágio quando a adquirente absorve o patrimônio da adquirida, formando um novo e único patrimônio.

Foi coerente o legislador ao prever esta hipótese de dedução tributária de amortização de ágio. Resumindo o que explica Luis Eduardo Schoueri⁴, reza a boa prática contábil que o valor do ágio pago pela pessoa jurídica

investidora com base em expectativa de rentabilidade futura da investida tenha a dedução de sua amortização confrontada, ao longo do tempo, com os correspondentes rendimentos auferidos com o investimento. Acontece que, conforme a legislação pátria, as receitas de equivalência patrimonial auferidas pelo investidor não são tributáveis (são excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL) e, portanto, seria um contrassenso permitir a dedução fiscal da correspondente amortização do ágio.

A situação se altera quando a investidora incorpora a investida (ou vice-versa), pois a partir desse momento os ativos que geram os rendimentos e o ágio a ser amortizado passam a compor o mesmo patrimônio, eis que ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. Nesse caso, tanto os rendimentos gerados são tributáveis como as amortizações são dedutíveis pela pessoa jurídica resultante da incorporação, sendo esse o sentido da norma insculpida na Lei nº 9.532/1997.

IV – DA GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Feitas as considerações acima, cabe a este julgamento verificar se houve a devida aplicação da legislação aos fatos trazidos a lume pela fiscalização. No caso em apreço, o ágio amortizado e objeto de glosa pela autoridade fiscal tem origem em três aquisições de participações societárias formalizadas pelo sujeito passivo. Vejamos a seguir as principais constatações da fiscalização acerca dessas aquisições e se elas justificam a glosa fiscal.

III.1 – AQUISIÇÃO DA SITESHARING NE

O grupo American Tower, cujo principal negócio consiste na locação de “sites” de comunicação (que inclui torres, equipamentos e o local de instalação deles) estava interessado em realizar um negócio com o Sr. Flavio Ognibene Guimarães e adquirir ações de sociedade detentora de um conjunto de “sites” operados pela Sitesharing Brasil. Consoante constou no Pré-acordo assinado em 10/09/2009 (fls. 1817/1842), não foi previamente estipulada a sociedade cujas ações seriam objeto de aquisição, mas manifestou-se genericamente pelo interesse em adquirir ações de uma subsidiária ou afiliada da Sitesharing Brasil. O objetivo final do grupo American Tower foi atingido mediante uma sequência de atos societários que incluiu a celebração, em 17/02/2011, do “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (fls. 1986/2029), pelo qual foi formalizada a compra das ações da Sitesharing NE, e findou com a incorporação da Sitesharing NE pela American Tower do Brasil, ocorrida em 30/04/2011.

Pelo que consta nos autos, é possível apontar os seguintes aspectos relevantes a serem considerados:

☐ é possível afirmar com segurança que o início das tratativas da aquisição ocorreu em momento anterior a 10/09/2009, que é a data em que foi assinado o Pré-acordo entre as partes; isto fica evidenciado pelas operações societárias formalizadas antes desta data para transferir a titularidade das ações da Sitesharing Brasil para o Sr. Flavio, uma etapa preparatória para que a tributação do futuro ganho de capital incidisse sobre a pessoa física;

☐ o citado Pré-acordo foi originalmente redigido em inglês, a indicar que o verdadeiro interessado na aquisição seria a American Tower Corporation, holding e controladora estrangeira do grupo, e não a sua controlada local American Tower do Brasil; esta conclusão é corroborada tanto pelo teor do Pré-acordo (que afastou a jurisdição nacional para a solução de litígio entre as partes, adotando as leis de Nova York para reger os termos do documento), bem como por outros elementos, tais como as informações colhidas junto à Securities and Exchange Commission (SEC) e por constatado que os recursos para efetuar o pagamento ao alienante foram remetidos por empresas do grupo localizadas no exterior;

☐ embora a sociedade que figurou nos atos formais como adquirida tenha sido a Sitesharing NE, fato é que esta empresa não tinha nenhuma atividade operacional antes do ano-calendário de 2009 (na sua DIPJ AC2008 não constam receitas – fls. 6260/6264);

☐ após a assinatura do Pré-acordo, ocorreram eventos societários que afetaram a Sitesharing NE, aumentando substancialmente o seu patrimônio: (i) em 11/01/2010, o seu capital social foi aumentado de R\$ 100.000,00 para R\$ 16.619.471,00, mediante a entrega de ativos (“sites”) pela acionista Sitesharing Brasil, e (ii) em 01/09/2010, houve a cisão parcial da Sitesharing Brasil, com transferência de mais ativos (mais “sites”) para a Sitesharing NE, cujo valor contábil perfazia R\$ 9.184.531,00 (fls. 1962/1972), e o capital social desta última foi aumentado no mesmo montante, passando a ser de R\$ 25.804.002,00;

☐ com o “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças”, de 17/02/2011, ficou formalizada a aquisição, pela American Tower do Brasil (Compradora), de todas as 25.804.002 ações ordinárias emitidas pela Sitesharing NE; Flavio é signatário do documento na qualidade de Vendedor e a Sitesharing Brasil figura como Interveniente Anuente;

☐ não há como negar que, em 17/02/2011, a composição e o valor do patrimônio da adquirida Sitesharing NE é totalmente diferente daquele que existia na companhia em 10/09/2009, quando foi assinado o Pré-acordo; logo, não há como sustentar que a participação societária adquirida era o efetivo objeto de interesse da adquirente por ocasião da assinatura do Pré-acordo; fica patente que a Sitesharing NE serviu tão somente para a passagem dos ativos (os “sites”) para o patrimônio da adquirente;

☐ assim como a Sitesharing NE serviu unicamente para passagem de ativos para o sujeito passivo, também restou demonstrado pela fiscalização que os recursos para a aquisição vieram de empresas do grupo situadas no exterior; isto ficou evidenciado pelos valores recebidos pelo interessado a título de integralização de capital, bem como a título de empréstimos; tanto os montantes como as datas das remessas de recursos guardam estreita correspondência com os valores pagos ao alienante Flavio;

☐ a transferência dos “sites” adquiridos se consumou com a formalização de uma incorporação da sociedade Sitesharing NE pela American Tower do Brasil; ademais, com este evento, a incorporadora alega que teria direito à amortização do ágio de R\$ 853.707.240,11.

Não obstante a formalização de incorporação da sociedade Sitesharing NE pela American Tower do Brasil, há de prevalecer a essência sobre a forma para se aplicar o correto tratamento tributário ao negócio jurídico em apreço.

Restou suficientemente demonstrado que o real adquirente da participação societária foi a holding do grupo American Tower situada no exterior e que a empresa brasileira American Tower do Brasil serviu apenas como passagem dos recursos financeiros utilizados para pagamento do preço. A decisão de compra, bem assim o sacrifício financeiro para a sua quitação, se verificou no exterior e não pode ser atribuído ao sujeito passivo apenas porque foi signatário de um contrato de compra e venda.

Destarte, a amortização fiscal do ágio não está autorizada, eis que não houve a confusão patrimonial entre a adquirente situada no exterior e a adquirida Sitesharing NE, sendo procedente a glosa efetuada pela fiscalização.

III.2 – AQUISIÇÃO DA NEXTEL TORRES

Nesta aquisição, verifica-se a presença de diversos elementos semelhantes ao caso anteriormente descrito:

☐ o “Contrato Principal de Compra e Venda” das quotas da empresa a ser adquirida foi originalmente redigido em língua inglesa, indicando que o real adquirente foi a holding estrangeira do grupo American Tower; segundo se apurou junto à SEC, as informações divulgadas no exterior pelas controladoras NII Holdings, Inc. e American Tower Corp. confirmam tal entendimento; a fiscalização observou ainda, corroborando a sua conclusão, que havia no contrato a previsão de pagamento de depósito em garantia, cujo valor era estipulado em dólares americanos;

☐ posteriormente à assinatura do contrato, foi promovido o aumento de capital social da Nextel Torres, de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00; o quotista Nextel Telecomunicações subscreveu e integralizou este aumento de capital mediante a entrega de ativos (“sites”) que seriam posteriormente transferidos ao adquirente;

☐ fica evidente que o patrimônio da sociedade que foi ao final adquirida pelo sujeito passivo é totalmente diferente do que era à época da assinatura do contrato; na realidade, a Nextel Torres era apenas uma “empresa de prateleira” com capital desprezível e sem atividade operacional; resta evidente que a sociedade adquirida serviu unicamente para a passagem dos “sites” para a adquirente (ainda que, como argumenta o impugnante, no conceito de “sites” se incluam também também passivos, licenças e contratos);

☐ tanto é assim que a transferência dos ativos para o sujeito passivo se efetiva com a incorporação da Nextel Torres formalizada poucos dias após a sua aquisição;

☐ um segundo contrato complementar foi celebrado entre a American Tower do Brasil II – Cessão de Infraestruturas Ltda. (anteriormente denominada Nextel Torres e Equipamentos Ltda.) e a Nextel Telecomunicações Ltda. tendo como objeto o arrendamento das torres; curiosamente, o contrato original foi redigido em língua inglesa, mesmo sendo ambos os contratantes pessoas jurídicas brasileiras;

☐ a correspondência entre datas e valores recebidos de sociedades do grupo American Tower situadas no exterior a título de empréstimos ou aumento de capital, com as datas e os valores de pagamentos ao alienante da participação societária, revela que o verdadeiro adquirente está

localizado no exterior; vale lembrar que muitos valores estavam estipulados no contrato em moeda estrangeira, a corroborar esta conclusão.

Da mesma forma que a aquisição analisada no item anterior, a aquisição e a incorporação da Nextel Torres devem ter tratamento tributário condizente com a essência do negócio efetivamente praticado.

Ficou demonstrado que o verdadeiro adquirente era a controladora do grupo American Tower Corp., que tinha interesse nos ativos (“sites”), decidiu pela compra e detinha os recursos necessários para quitar o preço. A impugnante American Tower do Brasil apenas serviu de passagem dos recursos ao alienante grupo Nextel e não pode ser considerada a efetiva adquirente para fins de amortização do ágio.

Sendo assim, não ocorreu a confusão patrimonial entre a real adquirente, situada no exterior, e a sociedade que formalmente figura como adquirida, a Nextel Torres. Não está caracterizada, portanto, a hipótese dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 que autorizaria a amortização do ágio, devendo ser mantida a glosa fiscal.

III.3 – AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO BR TOWERS

Quanto à aquisição das sociedades BR Towers 3 S.A., BR Towers 5 S.A. e Sitesharing BRTW S.A, podemos destacar:

☒ o Contrato de Compra de Ações original foi redigido em inglês, assim como ocorreu nos dois casos analisados anteriormente, evidenciando que o real adquirente das participações societárias foi a controladora American Tower Corp.; a própria holding estrangeira anunciou a aquisição dessa forma, consoante se verificou junto à SEC;

☒ após a celebração do contrato, a fiscalizada aumentou o seu capital e os valores integralizados pela acionista estrangeira foram imediatamente utilizados para efetuar os pagamentos aos vendedores das participações societárias; outros valores utilizados nos pagamentos vieram na forma de empréstimos de sociedades estrangeiras integrantes do grupo American Tower; esse fluxo financeiro, detalhadamente descrito pela fiscalização, confirma que o real adquirente era a holding do grupo situada no exterior;

☒ a American Tower do Brasil serviu apenas como canal de passagem dos recursos financeiros oriundos de empresas vinculadas no exterior e destinadas à quitação do preço ajustado com os vendedores das participações societárias.

Novamente, a autoridade fiscal logrou demonstrar que não foi a American Tower do Brasil quem efetivamente decidiu pela aquisição com ágio da participação societária, nem foi ela quem suportou o ônus de desembolsar os recursos para efetuar o pagamento.

Destarte, mesmo após a incorporação das três sociedades pela fiscalizada, não se verificou a necessária confusão patrimonial entre adquirente e adquiridas, sendo cabível a glosa da dedução da amortização do ágio, de forma idêntica aos casos analisados nos itens III.1 e III.2.

III.4 – DA INDEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO – CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, cumpre ressaltar que a fiscalização não questionou a efetiva existência ou a regularidade do ágio escriturado pelo contribuinte. As aquisições ocorreram entre partes independentes e houve o efetivo pagamento do preço. Também não foi objeto de questionamento o montante do ágio e tampouco o seu fundamento econômico indicado pelo sujeito passivo. A matéria ora em debate cinge-se à possibilidade ou não de amortização fiscal do ágio, tendo em vista os requisitos legais previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

As conclusões contidas nos itens III.1, III.2 e III.3 tomam como premissa que a aplicação da legislação tributária há de considerar a prevalência da essência sobre a forma. Isto significa dizer que os aspectos formais de determinados atos negociais não têm o condão de desvirtuar ou alterar o verdadeiro negócio que subjaz a referidos atos meramente formais.

Como ficou evidenciado, nos três casos abordados, o sujeito passivo figurou formalmente nos contratos como adquirente das participações societárias, mas na realidade ele apenas serviu como canal de passagem de recursos entre o verdadeiro adquirente (a controladora do grupo situada no exterior) e os respectivos alienantes. E é irrelevante a essa conclusão o fato de a autuada ser empresa existente e operacional anteriormente às aquisições em comento.

O impugnante aparenta ser a pessoa jurídica que faz o pagamento aos alienantes. No entanto, restou demonstrado que, na realidade, os recursos vieram do exterior. A decisão de comprar e suportar o ônus do ágio também foi tomada pela controladora situada no exterior.

Não se trata, consoante asseverado alhures, de ingerência do Fisco na liberdade do contribuinte em conduzir os seus negócios. Também não se trata de considerar nulos os atos jurídicos formalizados, tomados individualmente.

Em que pese todos os argumentos expendidos em outro sentido pelo interessado em sua peça recursal, trata-se, em verdade, de aplicar a norma tributária correspondente aos negócios efetivamente praticados, que, no presente caso, discrepam daquilo que aparentemente indicariam os seus aspectos meramente formais. Ou seja, se não houve a efetiva confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que adquiriu participação societária, pagando o preço com ágio, e a própria sociedade adquirida, não ocorre a hipótese delineada nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e, por conseguinte, não é admitida a amortização fiscal do ágio.

O impugnante alega ainda que a própria legislação pátria admite a constituição de pessoa jurídica para a realização de negócio jurídico determinado – mesmo que seja para se beneficiar de incentivos fiscais – sendo descabida a pretensão fiscal.

Entretanto, ainda que se admita a possibilidade de se constituir pessoa jurídica com o único fim de realizar a aquisição da participação societária, o uso desse estratagema não pode servir para contornar a norma de incidência tributária. Nos casos da Sitesharing NE e da Nextel Torres, os patrimônios destas sociedades eram praticamente inexistentes quando se iniciaram as tratativas com o grupo American Tower, evidenciando que:

1) o verdadeiro objetivo do comprador eram os ativos (“sites”) que foram carreados para o patrimônio das sociedades antes da formalização da sua compra; a realização do negócio na forma de aquisição de participação societária, portanto, está eivada de artificialidade; e

2) independentemente de qual seja objeto adquirido (investimento ou “sites”), é de clareza hialina que não há como o ágio pago se referir à expectativa de rentabilidade futura das sociedades, visto que estas nem tinham atividade operacional à época em que se iniciou a negociação para a sua compra.

Argumenta o sujeito passivo que, se adotada a primeira proposição acima, isto é, que as aquisições da Sitesharing NE e da Nextel Torres deveriam ser consideradas como compra de ativos isolados, então ele ainda teria direito

à amortização ou depreciação do valor dos bens adquiridos, e que tais deduções deveriam ser reconhecidas pela fiscalização.

Ainda que, em tese, a dedução de amortização e depreciação dos ativos pudesse ser aceita, fato é que o contribuinte se limita a reclamar tal possibilidade. No entanto, não informa os valores das despesas que defende ser dedutíveis, nem apresenta os elementos necessários para calcular e/ou auditar as deduções pleiteadas. E, considerando que são informações que somente o contribuinte dispõe e que poderiam ser ofertadas com a impugnação, entendo que não cabe a conversão do julgamento em diligência para apurar o suposto montante dedutível, ante a inércia do interessado que, agindo assim, atua de forma protelatória. Logo, não prospera a sua pretensão.

Outro ponto levantado pela defesa diz respeito à solicitação de aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.655/2018, em função de que “à época dos fatos (2011 a 2015), a jurisprudência majoritária do E. CARF era favorável à amortização de despesas de ágio ainda que houvesse ‘sociedades veículo’ na estrutura (o que, repita-se, não é o caso desses autos)”.

(...)

Percebe-se pela leitura do parágrafo único, que a condição para a invocação da aplicação deste preceito é que existam orientações gerais em dado tempo, emanadas de atos administrativos públicos de caráter geral ou de jurisprudência, judicial e/ou administrativa, majoritária à época da ocorrência dos fatos interpretados.

Porém, em que pese a jurisprudência colacionada pelo impugnante, não se pode afirmar que havia, como de fato ainda não há, nem ato normativo administrativo e nem jurisprudência pacífica que infirme o ato de lançamento de ofício feito pela autoridade fiscal, acerca da indedutibilidade fiscal da amortização do ágio nos planejamentos tributários, tal como perpetrado pelo sujeito passivo, em que não ocorre a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. Os julgados apresentados na defesa cuidam em sua grande maioria de casos de empresa veículo e falta de propósito comercial, que não constituem o núcleo da fundamentação adotada pelo autuante.

Vale advertir que cada um dos casos que compõem a jurisprudência apontada tem suas peculiaridades. Em geral, os planejamentos tributários mais recentes implementados pelos contribuintes são complexos e envolvem longo encadeamento de diversas operações societárias, dificilmente se verificando um caso idêntico a um outro.

De qualquer forma, o planejamento tributário tratado nos presentes autos foi considerado inoponível ao Fisco por fundamento diverso daquele que consta na jurisprudência indicada pelo interessado, qual seja, a impossibilidade de amortização do ágio por não se verificar a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. E, nessa hipótese, já havia jurisprudência corroborando a tese da autoridade fiscal:

(...)

Observe-se que a dedutibilidade ou não da amortização do ágio não se relaciona diretamente com o fato de terem os alienantes apurado eventual ganho de capital, como argumenta o interessado. Como se sabe, o ganho de capital é apurado por ocasião da alienação da participação societária, ao passo que a amortização do ágio prevista na Lei nº 9.532/1997 somente está autorizada se e quando ocorrer a incorporação da adquirida pela adquirente (ou vice-versa). Ou seja, a amortização poderá ser realizada em momento muito posterior à apuração de ganho de capital, ou poderá nem mesmo ser permitida no futuro (se não houver incorporação ou se os demais requisitos legais não forem atendidos, como no presente caso).

Portanto, a glosa da amortização do ágio se justifica no presente caso porque, para fins de interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o sujeito passivo não pode ser considerado o adquirente do investimento, haja vista que foi a sua controladora no exterior quem: 1) iniciou a negociação com os alienantes; 2) decidiu realizar a compra e 3) suportou o ônus financeiro do pagamento do preço com ágio.

Por fim, cabe ressaltar que a inexistência dos requisitos de dedutibilidade do ágio – a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida – ficou caracterizada no caso em tela independentemente do caráter doloso ou não da conduta, a ser abordado mais adiante neste voto.

IV – DA GLOSA DAS DESPESAS FINANCEIRAS

A autoridade fiscal realizou minuciosa análise do fluxo financeiro referente aos recursos que o sujeito passivo recebeu a título de empréstimos de

empresas do grupo situadas no exterior. Verificou também que foi efetuada uma sequência de operações financeiras compreendendo a consolidação do débito, transferências do crédito e garantias da dívida entre empresas do grupo mediante Contratos de Penhor. Toda a apuração fiscal corrobora o entendimento de que havia a intenção de eclipsar o fluxo dos recursos utilizados na aquisição, assim como o real adquirente das participações societárias, conforme já destacado nos itens anteriores deste voto.

Constatou-se que não houve amortização do valor principal dos empréstimos pelo sujeito passivo (devedor), tendo havido tão somente pagamentos relativos aos juros pactuados. Vários contratos foram repactuados, com rolagem da dívida sem amortização do principal.

Ante o apurado, concluiu o autuante que “as despesas financeiras em análise não são dedutíveis para o sujeito passivo porque ele não é o real adquirente dos ativos (torres de telecomunicações e participações societárias da BR TOWERS), logo, nos termos do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), tais despesas não são necessárias para a American Tower do Brasil – Cessão de Infraestruturas Ltda”. Por esse motivo, efetuou a glosa das despesas financeiras por não atendido o que prevê o art. 299 do RIR/99.

O art. 299 do RIR/99, que tem por base legal o art. 46 da Lei nº 4.506/1964, assim dispõe (grifos incluídos):

(...)

Assim, será cabível a glosa se os juros deduzidos revelem ser não usuais ou normais, ou ainda se demonstrado que não teriam como finalidade a realização das transações ou operações da atividade da empresa.

Note-se que estamos a falar de glosa cuja essência é eminentemente fiscal e não contábil, uma vez que no seu Lalur o contribuinte deveria ter adicionado a parcela indedutível na apuração do lucro real. Em sentido estrito, na despesa desnecessária não se questiona a sua comprovação (despesa não comprovada) ou a sua efetividade (despesa inexistente). A glosa se justifica unicamente porque a natureza ou as circunstâncias da despesa não se coadunam com as atividades normais da pessoa jurídica, ainda que comprovada e efetivamente incorrida. Nessa categoria se incluem aquelas despesas que se evidenciem decorrer de mera liberalidade da pessoa jurídica, por não necessárias à realização das suas operações.

Nenhuma parcela do principal foi quitada até o momento da ação fiscal, o que pode ser considerado forte indício de que tais valores não eram exigíveis, maculando a sua caracterização como empréstimo.

Cabe ressaltar que a autoridade fiscal não considerou formalmente irregulares as operações de empréstimo e não questionou expressamente os valores dos juros deduzidos pelo contribuinte – se eventualmente em desacordo com os juros pactuados com os credores, ou se incorreta a sua apropriação segundo o regime de competência ou, ainda, se não observados os limites previstos na legislação tributária (Lei nº 9.430/1996, IN RFB 1.312/2012, Lei nº 12.249/2010, IN RFB 1.154/2011) – nada constando nos autos nesse sentido. A auditoria fiscal não versou sobre estas matérias.

A par disso, não há como ignorar que as despesas financeiras em comento, conjuntamente com as despesas de amortização de ágio, tiveram impacto relevante não apenas no lucro real declarado pelo contribuinte, mas também repercutiram na mesma medida no seu lucro líquido contábil. Apenas para ilustrar a magnitude dos valores, discrimino no quadro abaixo a receita líquida, a despesa financeira glosada e o lucro líquido antes do IR7 apurados pela fiscalizada no período atuado.

Ano	Receita Líquida	Desp. Financeira	Lucro Líq. antes IR
2012	388.847.934,20	212.612.807,53	-204.196.357,33
2013	456.065.961,01	105.092.535,71	-202.409.992,50
2014	750.772.603,14	101.022.698,59	-6.288.898,94
2015	1.231.804.592,32	119.651.299,46	-217.612.080,76
Total	2.827.491.090,67	538.379.341,29	-630.507.329,53

A prática de compra alavancada (leveraged buyout), por si só, não pode ser considerada irregular ou mesmo incomum, como argumenta o impugnante. No entanto, no presente caso a sua utilização redundou em pesado encargo de juros a ser suportado pelo contribuinte, conforme se constata no demonstrativo acima. Considerando que o credor era sociedade do próprio grupo American Tower, causa estranheza a decisão de financiamento adotada pela fiscalizada ao captar os recursos por via de empréstimos se eles poderiam ser recebidos como capital próprio e, assim, evitar ou ao menos reduzir o prejuízo sofrido nos períodos de apuração acima discriminados.

Nem se diga que a pessoa jurídica não tinha previsibilidade alguma, no momento que contraiu os empréstimos, quanto

aos resultados esperados nos exercícios subsequentes. Evidentemente, a previsão dos resultados futuros de uma empresa é sempre difícil e, não raro, os resultados efetivamente obtidos ao final do período acabam por divergir daqueles inicialmente previstos. Mas é inegável que o ramo de negócios do contribuinte tem como característica um comportamento mais estável e previsível de custos e receitas, visto que sua atividade consiste em locação de “sites”. Neste ramo, os custos tendem a ser majoritariamente fixos e as receitas costumam ser periodicamente negociadas e fixadas em contratos de locação.

Também não se alegue que seria indiferente ou de menor repercussão a decisão de financiamento (capital próprio X capital de terceiros), quanto ao seu aspecto fiscal, com o argumento de que a opção pelo aporte de capital próprio daria azo à dedução de outra despesa, qual seja, a despesa de juros sobre o capital próprio (JCP). Este argumento não prospera, no caso sub examine, haja vista que os previsíveis prejuízos gerados pela despesa financeira (e pela amortização do ágio) e a sabida inexistência de lucros acumulados e reservas de lucros impossibilitariam a dedução dos JCP pela fiscalizada, nos termos da legislação de regência (Lei nº 9.249/1995).

A discussão inaugurada pelo autuante e rebatida pelo interessado, referente ao momento em que se apura a necessidade e a dedutibilidade da despesa, apresenta-se equivocada. Uma vez atestado que a operação de empréstimo e os respectivos juros são normais e usuais, a dedutibilidade ao longo do tempo dependerá da aplicação do princípio da competência exclusivamente para fins de determinação do valor da despesa incorrida, descabendo averiguar em cada novo período de apuração se a despesa deixou ou não de ser usual ou normal. O princípio da competência é preceito da ciência contábil e a dedutibilidade da despesa, como já anotado acima, decorre de norma tributária.

Ocorre que a análise, como um todo, da sequência de operações societárias que redundaram nas aquisições em comento e da repercussão econômica dos recursos captados para o seu financiamento, permite concluir que os indigitados empréstimos não podem ser considerados normais e usuais se considerarmos as decisões racionais disponíveis à pessoa jurídica. Ressalto, novamente, a existência de opções menos onerosas em virtude de o remetente dos recursos ser sociedade do mesmo grupo American Tower. Logo, a despesa financeira relativa a estes empréstimos revela-se desnecessária uma vez que incorrida por mera liberalidade.

É nesse contexto que se justifica a acusação fiscal de que a despesa é desnecessária por ser a real adquirente da participação societária a controladora situada no exterior. Não há lógica econômica no negócio, tal como formalizado, em que a controladora decide comprar um investimento, remete os recursos à sua subsidiária brasileira para efetuar o pagamento do preço e, ato contínuo, passa a auferir vultosas receitas financeiras sobre esses recursos, enquanto a subsidiária amarga pesados prejuízos.

E, no tocante às retenções de IRRF correspondentes aos Darfs de fls. 5801/5960, descabe a pleiteada compensação no lançamento fiscal. Eventuais indébitos apurados pelo contribuinte devem ser compensados mediante a apresentação de declaração de compensação, nos moldes da legislação aplicável (art. 74 da Lei nº 9.430/1996 e demais normas infralegais).

Deste modo, por caracterizada a desnecessidade da despesa financeira, por tudo o que foi acima exposto, deve ser mantida a glosa fiscal efetuada com fulcro no art. 299 do RIR/99.

V – DO CARÁTER DOLOSO DA CONDUTA

Nas aquisições da Sitesharing NE e da Nextel Torres, restou caracterizada a conduta ilícita do interessado ao formalizar a compra de participação societária quando na verdade o que se desejava adquirir eram os ativos (“sites”).

A intenção de ocultar o verdadeiro objeto de aquisição torna-se patente pela análise cronológica dos eventos. No início das tratativas com os vendedores, as empresas que foram ao final adquiridas e incorporadas detinham diminuto patrimônio. Mas antes da formalização da alienação, os ativos alvo (os “sites”) foram transferidos para o patrimônio dessas empresas para posterior incorporação ao patrimônio da fiscalizada. Fica evidenciado que não era objetivo do comprador adquirir tais sociedades, mas sim os ativos.

Esse procedimento, não pode ser admitido para fins tributários segundo o seu aspecto formal (aquisição de participação societária), eis que não corresponde ao verdadeiro negócio celebrado entre as partes (aquisição de ativos). A visível artificialidade da operação, tal como realizada, afasta a pretensa caracterização de erro de proibição veiculada pelo impugnante.

Além disso, nas três aquisições (Sitesharing NE, Nextel Torres e BR Towers), também se verifica a conduta ilícita ao se pretender ocultar o verdadeiro adquirente da participação societária e, assim, amortizar indevidamente o ágio. A intenção de ocultar não só se evidencia pela rápida passagem de recursos recebidos do exterior para pagamento aos vendedores, mas também pela sequência de operações financeiras que envolveram os empréstimos recebidos, procedimentos que dificultam a visualização do efetivo fluxo financeiro.

O contribuinte implementou diversas operações societárias para ocultar o real adquirente e a verdadeira natureza dos bens adquiridos (ativos), caracterizando a simulação apontada pela fiscalização.

Tais constatações, cujos aspectos pertinentes foram abordados neste voto e detalhadamente descritos no Termo de Verificação Fiscal, revelam conduta dolosa do contribuinte para reduzir o pagamento de tributo. Trata-se de conduta tipificada no art. 72, da Lei nº 4.506/1964:

(...)

Logo, por configurar hipótese de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é correta a aplicação da multa qualificada de 150%, nos estritos termos do art. 44, inc. I, c/c § 1º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, descabendo falar-se em redução desse percentual segundo o princípio da proporcionalidade, mencionado pelo impugnante.

Por caracterizada a conduta dolosa, para fins de contagem do prazo decadencial para o Fazenda Pública constituir o crédito tributário, não cabe a utilização do prazo definido no § 4º do art. 150 do CTN, eis que configurada a situação excludente contida na parte final do texto desse dispositivo legal.

Nesse caso, a regra do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário desloca-se para a regra estabelecida pelo inc. I do art. 173, do CTN, ou seja, o prazo passa a ser de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Cronologicamente, o primeiro fato gerador autuado ocorreu em 31/12/2012. Sendo assim, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o dia 01/01/2014 e, portanto, o presente lançamento foi efetuado dentro do prazo legal de

cinco anos, eis que a ciência do sujeito passivo ocorreu em 10/12/2018. Apenas a partir de 01/01/2019 estaria decaído o direito da Fazenda efetuar o lançamento.

A reclamante aponta uma segunda decadência, pois entende que o Fisco não poderia questionar operações que geraram ágio após o prazo de cinco anos contados da data da aquisição do investimento. Vale pontuar que a tese defendida, segundo as datas constantes nos autos, alcançaria apenas a parcela do crédito tributário constituído pelo lançamento fiscal relativo à aquisição da Sitesharing NE.

De qualquer forma, o fato de o ágio ter sido escriturado há mais de cinco anos da data da autuação não socorre à reclamante, haja vista que àquela época não houve repercussão tributária. Apenas com a sua amortização, ora glosada, é que se inicia a contagem do prazo decadencial, como visto acima. E, nesse caso, pode a autoridade fiscal exigir do contribuinte a comprovação do ágio, ainda que registrado em períodos anteriores, conforme previsto no art. 264, e seu § 4º, do RIR/99:

(...)

A matéria encontra-se pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, sendo objeto da Súmula nº 116, que tem o seguinte enunciado:

(...)

Assim, não procede a alegação de decadência.

VI – DA MULTA ISOLADA

Também afirma o interessado ser descabida a exigência de multa isolada concomitantemente com a multa de ofício proporcional, pois neste caso haveria dupla incidência sobre a mesma materialidade. Releva ponderar que, no presente caso, a multa isolada foi lançada nos termos do que dispõe o art. 44, inc. II, alínea 'b', com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, que por sua vez é resultante da conversão da MP nº 351/2007:

(...)

É bem verdade que há a Súmula CARF nº 105, cujo enunciado segue abaixo reproduzido:

(...)

Cumpra anotar que a Súmula nº 105, conquanto seja de observância obrigatória pelos membros do CARF, não tem efeito vinculante para o restante da administração tributária federal, haja vista que ela não consta em ato do Ministro da Fazenda publicado no Diário Oficial da União, como previsto no § 2º, do art. 75, da Portaria MF nº 383/2015.

Ademais, cabe destaque o fato de constar explicitamente no seu enunciado que a multa ora tratada é aquela lançada com fundamento no art. 44, §1º, inc. IV da Lei nº 9.430/1996. Ou seja, a Súmula nº 105, que foi aprovada em sessão realizada em 08/12/2014 pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, se reporta à redação anterior do art. 44, da Lei nº 9.430/1996. Referido dispositivo legal, por sua vez, foi objeto de diversas alterações ao longo do tempo e a sua redação atual, dada pela Lei nº 11.488/2007 (reproduzida acima), prevê a multa isolada em inciso e alínea distintos.

Vejamos, para fins de comparação, o texto original do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, pertinente à multa isolada em apreço (grifos incluídos):

(...)

Observe que na redação original do art. 44 a multa tinha como base de cálculo “a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição” (caput) e a aplicação cumulativa das multas dos incisos I e IV, do § 1º, poderia talvez ser questionada, seja pelo fato de estar indicada uma mesma base de cálculo para ambas, seja pelo fato de as duas multas estarem arroladas sob o mesmo § 1º. Muito provavelmente, este questionável aspecto do texto legal (falha redacional?) em muito contribuiu para a sedimentação do entendimento consubstanciado na Súmula nº 105.

Entretanto, inexistem dúvidas relativamente à atual redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, dada pela Lei nº 11.488/2007, pois neste caso a multa de ofício é de 75% “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento” (inc. I), enquanto a multa isolada é de 50% “sobre o valor do pagamento mensal” a título de estimativa “que deixar de ser efetuada” (inc. II, alínea ‘b’).

A inaplicabilidade da Súmula nº105 com a nova redação do art. 44 é confirmada pela jurisprudência do CARF, como por exemplo:

(...)

A partir da nova redação dada pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, fica evidente a distinção entre a multa isolada e a multa de ofício proporcional. São duas materialidades distintas: uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Portanto, incorre a dupla incidência sobre a mesma materialidade alegada pelo impugnante”.

A seguir o Acórdão recorrido cuida da previsão legal de incidência de juros sobre multa de ofício (Súmula CARF nº 108) e da aplicação, por reflexo, do resultado do julgamento da matéria principal (IRPJ) à CSLL.

E finaliza negando provimento integral à impugnação, mantendo os lançamentos.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITO.

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

DESPESAS FINANCEIRAS. DESPESAS DESNECESSÁRIAS.

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

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. FRAUDE.

Constatada a redução indevida de pagamento do tributo mediante conduta dolosa (fraude), o termo inicial para contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Nos termos da Súmula CARF nº 116, para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

MULTA QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

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

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

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

JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. BASE LEGAL. CABIMENTO.

A multa de ofício proporcional integra a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na Taxa Selic.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITO.

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

DESPESAS FINANCEIRAS. DESPESAS DESNECESSÁRIAS.

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

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. FRAUDE.

Constatada a redução indevida de pagamento do tributo mediante conduta dolosa (fraude), o termo inicial para contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Nos termos da Súmula CARF nº 116, para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

MULTA QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

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

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

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

JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. BASE LEGAL. CABIMENTO.

A multa de ofício proporcional integra a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na Taxa Selic.

Impugnação Improcedente

*Crédito Tributário Mantido***DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Cientificada, a recorrente acostou recurso voluntário (fls. 6331/6438), rebatendo a decisão de 1º Piso e reafirmando seus argumentos expendidos na peça inaugural de defesa.

A PGFN apresentou contrarrazões (fls. 6472/6548) posicionando-se favoravelmente à manutenção dos lançamentos e chancelando a decisão recorrida.,

É o relatório do essencial no que foi possível sintetizar, em face das volumosas peças processuais e extensas manifestações das partes nos autos.

VOTO VENCIDO**Conselheiro Paulo Mateus Ciccone**

O recurso voluntário é tempestivo (ciência da decisão recorrida em 11/07/2019 – fls 6327 – protocolização do RV em 08/08/2019 – fls. 6328) a representação processual da recorrente está corretamente formalizada (fls. 6439/6458) e os demais pressupostos para sua admissibilidade atendidos, pelo que o recebo de dele conheço.

O tema em discussão envolve as seguintes infrações: **i)** “custos, despesas operacionais e encargos - despesas não necessárias - despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos junto a empresas vinculadas”, **ii)** “exclusões/compensações não autorizadas na apuração do lucro real - exclusões indevidas - despesas de amortização de ágio”, e, **iii)** “multa isolada por insuficiência de recolhimento de estimativa”, referindo-se aos anos-calendário 2012/2015, com a seguinte formatação:

a). **Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ** - crédito tributário de **R\$ 367.590.835,62**, nele incluídos o imposto, a multa de ofício proporcional de 150%, a multa isolada e os juros de mora calculados até 12/2018.

b). **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL** - crédito tributário de **R\$ 132.161.401,60**, igualmente compreendendo contribuição, multa qualificada de 150%, multa isolada e juros de mora.

A acusação descaracterizou os ágios apurados pela recorrente e suas consequentes amortização e as despesas financeiras surgidas por empréstimos tomados no exterior, posição confirmada pela decisão recorrida.

De seu turno, a recorrente rebateu *in totum* tais apontamentos, enquanto que a PGFN, em contrarrazões, fincou posição na mesma linha do entendimento do Fisco.

Há preliminares suscitadas pela recorrente, a saber:

1. Decadência relativamente aos lançamentos do ano-calendário 2012;
2. Nulidade da decisão recorrida – inovação nos fundamentos do AI pela DRJ
3. Nulidade do auto de infração – ausência de fundamentação legal – ingerência da Fiscalização na esfera da liberdade privada.

Acerca da primeira – decadência -, por envolver aspectos relacionados a possível dolo, será analisada com o mérito.

Em relação à segunda, eventual “inovação nos fundamentos de decidir pela decisão *a quo*”, entendo que a manifestação da PGFN em suas contrarrazões (fls. 6487/6490) bem delimitou o tema e corretamente enfrentou e rebateu a posição da recorrente, pelo que adoto como razões de decidir, neste aspecto, o quanto lá aduzido:

“A contribuinte assenta a sua preliminar de “inovação de fundamento do auto de infração” na premissa de que a autoridade fiscal não questionou o fundamento econômico do ágio, ou seja, segundo a contribuinte, seria incontroverso que os ágios estão lastreados na rentabilidade futura dos investimentos adquiridos. Partindo dessa premissa, a recorrente alga que a DRJ teria inovado a fundamentação do lançamento, ao afirmar que o “ágio SITESHARING” e o “ágio NEXTEL” não teriam como fundamento econômico a rentabilidade futura da SITESHARING NE S.A. e da NEXTEL TORRES. Confira-se o trecho do Recurso Voluntário no qual a contribuinte desenvolve o seu raciocínio:

128. Mais especificamente, vale destacar o que foi asseverado pela própria DRJ/SPO: “não foi objeto de questionamento o montante do ágio e tampouco o seu fundamento econômico indicado pelo sujeito passivo”. Portanto, é nítido que a fundamentação econômica dos ágios pagos pela Recorrente, que possuem respaldo em laudos de avaliação preparados por terceiros independentes, não é objeto de discussão neste processo.

129. No entanto, quando da análise dos ágios gerados na aquisição das sociedades Sitesharing NE e da Nextel Torres, a Decisão Recorrida questionou o fundamento econômico utilizado pela Recorrente, afirmando que “não há como o ágio pago se referir à expectativa de rentabilidade futura das sociedades, visto que estas nem tinham atividade

operacional à época em que se iniciou a negociação para a sua compra.” (fls. 6.297). [destaques conforme o original]

Essa afirmação da recorrente tenta passar a impressão de que o acórdão da DRJ teria apresentado um fundamento ou argumento completamente novo e não explorado pela autoridade responsável pelo lançamento. Contudo, essa percepção sobre o acórdão recorrido, que a contribuinte pretende que seja acatada como verdade, somente se sustenta se não verificarmos cuidadosamente o acórdão da DRJ e o TVF. Explica-se.

O trecho no qual o relator do acórdão da DRJ afirma que o ágio não poderia ser decorrente da rentabilidade futura veio como resposta a uma alegação de defesa da contribuinte, que consta da Impugnação ao lançamento, no sentido de que a legislação autoriza a constituição de pessoas jurídicas para a realização de determinados negócios – ou seja, a contribuinte defende que é legal a utilização de “empresas veículo”. Nesse ponto, o relator do acórdão da DRJ retomou o contexto da acusação fiscal relativa ao “ágio SITESHARING NE” e ao “ágio NEXTEL”. Mais precisamente, o relator do acórdão recorrido lembrou a acusação fiscal de que o objeto do negócio com a AMERICAN TOWER seria a alienação dos ativos “sites de telecomunicação”, e não das participações societárias na SITESHARING NE e na NEXTEL TORRES. Ainda nesse contexto, o acórdão recorrido reafirma a tese da Fiscalização no sentido de que a SITESHARING NE e a NEXTEL TORRES eram empresas que não possuíam atividade operacional, tendo servido como mero “veículo” ou receptáculo dos ativos que efetivamente interessavam à AMERICAN TOWER. Confira-se o trecho completo do acórdão da DRJ que tratou desse assunto (fl. 6297):

O impugnante alega ainda que a própria legislação pátria admite a constituição de pessoa jurídica para a realização de negócio jurídico determinado – mesmo que seja para se beneficiar de incentivos fiscais – sendo descabida a pretensão fiscal.

Entretanto, ainda que se admita a possibilidade de se constituir pessoa jurídica com o único fim de realizar a aquisição da participação societária, o uso desse estratagema não pode servir para contornar a norma de incidência tributária. Nos casos da Sitesharing NE e da Nextel Torres, os patrimônios destas sociedades eram praticamente inexistentes quando se iniciaram as tratativas com o grupo American Tower, evidenciando que:

1. o verdadeiro objetivo do comprador eram os ativos (“sites”) que foram carreados para o patrimônio das sociedades antes da formalização da sua compra; a realização do negócio na forma de aquisição de participação societária, portanto, está eivada de artificialidade; e

2.) independentemente de qual seja objeto adquirido (investimento ou “sites”), é de clareza hialina que não há como o ágio pago se referir à expectativa de rentabilidade futura das sociedades, visto que estas nem tinham atividade operacional à época em que se iniciou a negociação para a sua compra.

Segundo a contribuinte, houve inovação em relação ao Termo de Verificação Fiscal porque a Fiscalização não teria abordado esse tema. Ora, cumpre destacar

que a DRJ apenas entrou nesse aspecto porque a contribuinte alegou que a utilização de “empresas veículo” seria permitido pela legislação. Em resposta, o relator do acórdão recorrido explicitou as inconsistências encontradas na utilização das veículos SITESHARING NE e NEXTEL TORRES, a fim de rechaçar a pretensão de associar o ágio à aquisição destas mesmas empresas veículos. E ao mencionar que o ágio não se reporta à rentabilidade futura das veículos SITESHARING NE e NEXTEL TORRES, o relator do acórdão da DRJ, claramente, utilizou-se de um reforço argumentativo para afastar a alegação de defesa da contribuinte.

Além disso, importante notar que a DRJ manteve a glosa das despesas com amortização de ágio com base nos fundamentos encontrados no TVF. Basta ler o acórdão da DRJ para verificar que o fundamento de decidir da turma julgadora de primeira instância está centrado no requisito da confusão patrimonial entre “real adquirente” e investimento adquirido. E não há dúvidas de que o elemento “confusão patrimonial” foi expressamente tratado no TVF, inclusive, como tema central da acusação fiscal. Para que se pudesse falar em inovação dos critérios do lançamento, pela DRJ, teríamos que vislumbrar um argumento ou fundamento, na decisão recorrida, que suplantasse o fundamento utilizado no TVF. E não é isso que se verifica no presente caso.

Por seu turno, cumpre ressaltar que não houve qualquer prejuízo ao direito de defesa da recorrente, tendo em vista que esta elaborou seu Recurso Voluntário enfrentando os fundamentos que embasaram o lançamento, ou seja, a “ausência de confusão patrimonial” e a simulação nas operações que originaram o registro dos ágios questionados pela Fiscalização.

Desse modo, resta demonstrado que a DRJ não inovou no tocante aos fundamentos do auto de infração, tampouco tentou alterar o contexto fático ou jurídico do lançamento. Ante esses argumentos deve ser afastada a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente”.

Sem maiores aduções, rejeita-se a preliminar suscitada.

Relativamente à assertiva da recorrente de que os autos de infração (diga-se, os lançamentos), seriam nulos em razão de a) ausência de fundamentação legal; b) ingerência da Fiscalização na esfera da liberdade privada, cabem algumas palavras..

Início transcrevendo duas (de centenas ou milhares de decisões) uma judicial outra administrativa (do CARF) que traduzem e resumem o que penso a respeito do tema:

AUTO DE INFRAÇÃO REGULAR. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. RECURSO PROVIDO.

1. O auto de infração que se pretende anular não está eivado de vícios, narrando de maneira suficiente a conduta praticada pela agravante, conforme se pode ver das fls. 34/35.
2. Veja-se que a ausência de capitulação legal dos fatos ou a capitulação equivocada não é fator capaz de anular o auto de infração, entendendo a

jurisprudência que o atuado se defende dos fatos descritos na autuação, e não do dispositivo legal, tanto é que a recorrente, na hipótese, exerceu adequadamente o seu direito de defesa.

3. Igualmente, não há necessidade de constar do auto de infração a penalidade exata a ser aplicada, que pode ser posteriormente definida ao longo do processo administrativo.

4. Ademais, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, que somente pode ser ilidida por prova robusta em contrário, o que, ao menos nessa análise liminar, não se comprova nos autos.

5. Apelação provida (TRF-3 Ap. Civ SP 2018.4.03.6109)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/08/2000 a 30/03/2006 NORMAS PROCESSUAIS. VÍCIO NO LANÇAMENTO. CAPITULAÇÃO LEGAL. NULIDADE INEXISTENTE.

Não existe prejuízo à defesa ou nulidade do lançamento quando os fatos encontram-se devidamente descritos e documentados nos autos, permitindo a empresa o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa. A mera não indicação de dispositivo legal, quando desincumbiu-se a autoridade fiscal do ônus de demonstrar a ocorrência do fato gerador e das circunstância que ensejaram o lançamento fiscal não enseja a nulidade do lançamento. (Ac. em Recurso Especial do Contribuinte - Acórdão nº 9202-010.635 – CSRF / 2ª Turma Sessão de 22 de março de 2023).

Com o seguinte dispositivo de Acórdão: *“Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Vencido o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que conheceu parcialmente em relação à primeira matéria. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em negar-lhe provimento”*.

De fato, sem maiores delongas, assim como esta linha jurisprudencial, entendo ser impensável se possa gravar de nulidade um procedimento fiscal corretamente desenvolvido sob argumento de eventual falha ou equívoco na tipificação legal, ou mesmo sua não inserção nos autos, quando - como comprovadamente ocorreu – os fatos narrados e eventuais acusações imputadas foram descritos de forma extremamente detalhada, tanto que a recorrente teve a possibilidade de se defender de TODOS os atos apontados, independentemente de os dispositivos terem sido correta ou incorretamente apostos no AI.

Em outro dizer, fulminar por nulidade o procedimento só teria sentido se a omissão ou incorreção da capitulação legal levassem a prejuízo insuplantável para os imputados

exercerem seu direito de defesa. Não vejo isso nos autos, bastando uma singela vista d'olhos para esta comprovação.

Além disso, é certo que o artigo 10, do Decreto nº 70.235/1972 mostra TODOS os componentes que devem estar no auto de infração:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà 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;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Ora, qual destes itens teria sido omitido pelo condutor do feito:

Nenhum, claro.

Demais disso, bom lembrar que o PAF é um microsistema no ordenamento jurídico e suas regras devem ser interpretadas com unidade.

Em outro dizer, o artigo 10 não deve ser lido isoladamente, ao contrário, deve ser tomado em conjunto com o que dispõem os artigos 59, 60 e 61, do mesmo Decreto (nº 70.235/1972).

Nesse tomo, a leitura e ofensa aos citados artigos, tomado em conjunto é que implica nulidade do lançamento, ou seja, quando, concomitantemente ocorrerem uma das hipóteses do artigo 10 com uma dos demais.

Rememorando, assentam tais dispositivos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º 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. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Com isso, a nulidade nas hipóteses dos incisos I e II (primeira parte) do artigo 59 é verificada no auto de infração na parte em que não se cumpriu o artigo 10 inciso VI, e a hipótese no inciso II (parte final), prejuízo à defesa, é verificada nos demais elementos exigidos nos incisos do artigo 10 (I ao V).

No caso *sub examine*, francamente, qual aspecto nuclear foi omitido, apto a gerar a nulidade requerida. Não vislumbro nenhum.

Ademais, qual o prejuízo que a defesa sofreu? Nenhum também, tanto que pôde se manifestar em todos os momentos e se contrapor a todas as imputações. Em suma, eventual falta, omissão ou equívoco na indicação de dispositivo legal por si só não prejudica à defesa, quando esta puder – como no casos dos autos – **exercer lididamente seu direito constitucional de opor-se às acusações feitas.**

Concretamente, como dito antes, a recorrente teve a possibilidade de se defender de TODOS os atos apontados, independentemente de os dispositivos terem sido correta ou incorretamente apostos no AI, tanto que acostou duas extensas e minuciosas peças recursais rebatendo pormenorizadamente a acusação fiscal, além de diversas outras manifestações nos autos no curso do procedimento investigatório.

Pertinentemente ao reclamo da recorrente de que a Autoridade Fiscal estaria se imiscuindo em relações privadas, o argumento não tem o menor sustento. É óbvio que a função do Fisco, representante do próprio Estado brasileiro, é justamente esta: fiscalizar a correta aplicação da legislação tributária, ainda que como reflexo de operações de cunho privado. Em outras palavras, as pessoas jurídicas podem avaliar e reavaliar seu patrimônio da maneira que quiserem, pelo método que acharem melhor, com a empresa que lhes aprover, podem ser cindidas, incorporadas, aceitar novos sócios, ser vendidas, realizar reestruturações, mudar de endereço, criar e fechar filiais, enfim praticar toda gama de negócios que lhes interessem.

Só não podem ferir a legislação tributária. Ocorrendo esse evento, a atuação do Fisco é imprescindível e irrenunciável.

Preliminar rejeitada.

Passo ao mérito.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Sabe-se, o ágio na aquisição de participações societárias decorre da aplicação do método da equivalência patrimonial (MEP), prescrito pela legislação societária (art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S.A.), tendo sua regra geral, para fins fiscais, definida nos arts. 20 e 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, cuja redação vigente à época dos fatos analisados, era a seguinte:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º - (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

.....

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

Então, na forma da legislação vigente acima reproduzida (que correspondem aos arts. 385 e 391 do RIR/99), o ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial. O lançamento do ágio por ocasião da aquisição do investimento haveria de indicar o seu fundamento econômico, podendo ele ser: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, valendo lembrar que, como regra geral, a amortização do ágio não era dedutível para fins fiscais (art. 25, DL 1.598/77)

Todavia, o legislador introduziu, na esteira dos programas econômicos de privatizações, via Lei nº 9.532, de 1997, uma hipótese especial em que seria dedutível, para fins fiscais, a amortização do ágio na forma prescrita pelo artigo 7º, do referido diploma legal.

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

Complementada pelo artigo 8º:

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Dizendo de forma didática, se a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, prevê o inc. III, do art. 7º, da Lei nº 9.532/1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718/1998, poderá amortizar a mais valia cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b", do § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/1977 (“valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”) nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de até um sessenta avos por mês.

Destarte, consoante a hipótese excepcional acima delineada, apenas o ágio com fundamento em rentabilidade futura (alínea 'b', do § 2º, do art. 20) é passível de amortização fiscal – na situação definida em lei – remanescendo indedutível a dedução na base de cálculo do IRPJ e da CSLL a amortização de ágios com outros fundamentos (alínea “a”: valor de mercado de ativos e alínea “c”: fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas).

Essa compreensão do quadro envolvendo as operações de ágio e a possibilidade da dedução da sua amortização das bases de IRPJ e de CSLL é fundamental para se aferir e distinguir operações parametrizadas por este requisitos e as que forem desprovidas de tal regramento.

Resumindo, só se admite a amortização fiscal do ágio e sua dedutibilidade quando a adquirente absorve o patrimônio da adquirida, formando um novo e único patrimônio.

Nesse cenário, quando a investidora incorpora a investida (ou vice-versa), os ativos que geram os rendimentos e o ágio a ser amortizado passam a compor o mesmo patrimônio, eis que ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, vale dizer, tanto os rendimentos gerados são tributáveis como as amortizações são dedutíveis pela pessoa jurídica resultante da incorporação, sendo esse o sentido da norma insculpida na Lei nº 9.532/1997.

DO CASO CONCRETO

Na forma do que consta dos autos e exaustivamente relatado atrás, o mérito mostra a existência de três operações de aquisição de participações societárias, seguidas de incorporação das empresas adquiridas, conforme abaixo, cujo ágio foi desconsiderado pela Autoridade Fiscal e glosada a sua amortização.

OPERAÇÃO	ÁGIO	INCORPORADA	VALOR DO ÁGIO	VALOR TOTAL DA AQUISIÇÃO (APÓS OS AJUSTES)	PERCENTUAL DO ÁGIO SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO	DATA DO CONTRATO	DATA DE FECHAMENTO DA OPERAÇÃO
1	Nº 1	SITESHARING NE	R\$ 853.707.240,11	R\$ 926.848.111,77	92%	17/02/2011	01/03/2011
2	Nº 2	NEXTEL TORRES	R\$ 433.489.693,23	R\$ 796.570.471,73	54%	08/08/2013	06/12/2013
3	Nº 3	BR TOWERS 3	R\$ 158.360.123,07	R\$ 1.436.700.009,76	22%	13/06/2014	19/11/2014
	Nº 4	BR TOWERS 5	R\$ 10.877.971,69				
	Nº 5	SITESHARING BRTW	R\$ 143.620.960,38				
TOTAL			R\$ 1.600.055.988,48	R\$ 3.160.118.593,26			

Na etapa seguinte, como consequência dessas operações, foram realizados lançamentos de glosa de despesas financeiras nascidas de empréstimos recebidos de empresa do grupo American Tower sediada no exterior, tidas como desnecessárias pelo Fisco.

E, na sequência, lançamentos de multas isoladas por insuficiência de recolhimentos de estimativas mensais, fruto das glosas havidas.

DAS GLOSAS DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Concretamente, as glosas de despesas do ágio amortizado referem-se à contabilização das aquisições das empresas Sitesharing NE S.A., Nextel Torres e Equipamentos Ltda. e empresas do Grupo BR Towers (quadro acima) e fundaram-se em dois pontos assumidos pela Fiscalização:

- i) O primeiro, a recorrente seria apenas um instrumento de passagem para o investimento realizado pelo grupo econômico controlado pela American Tower Copr. (USA), isto é, não seria a real adquirente, fato que impede a subsunção à regra prevista no art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que exige a confusão dos patrimônios da investidora e da investida. Esta primeira razão das glosas é comum a TODAS as glosas e operações.
- ii) O segundo, aqui tão somente em relação às duas primeiras operações, Sitesharing NE S.A. e Nextel Torres e Equipamentos Ltda., a glosa se consumou em razão de que o ágio decorreu da avaliação dos ativos adquiridos, sites e torres de transmissão de dados, que foram isolados em determinada pessoa jurídica, empresa objeto, posteriormente incorporada, isto é o ágio teve como fundamento o inciso I do § 2º do art. 385 do então RIR/99, e não a expectativa de rentabilidade futura (art. 385, § 2º, II, do então RIR/99).

Como as operações com a **Sitesharing NE S/A** e **Nextel Torres e Equipamentos Ltda.**, além do quadro comum às demais (Grupo BR Towers), têm características próprias e

específicas, delas passo a cuidar, reportando-me à situação descrita no item “ii” acima, ou seja, ágio decorrido da avaliação de ativos adquiridos e não de expectativa de rentabilidade futura.

Evidentemente a análise dos fatos sob este ângulo não prejudica os apontamentos do Fisco de que os recursos financeiros da recorrente vieram todos do exterior, injetados pela American Tower Corporation (USA), tema que será abordado somente na parte em que forem apreciadas as operações com as empresas do Grupo BR Towers.

1. OPERAÇÃO: AQUISIÇÃO DA SITESHARING NE S.A.

OPERAÇÃO	ÁGIO	INCORPORADA	VALOR DO ÁGIO	VALOR TOTAL DA AQUISIÇÃO (APÓS OS AJUSTES)	PERCENTUAL DO ÁGIO SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO	DATA DO CONTRATO	DATA DE FECHAMENTO DA OPERAÇÃO
1	Nº 1	SITESHARING NE	R\$ 853.707.240,11	R\$ 926.848.111,77	92%	17/02/2011	01/03/2011

Quadro inicial e final:

Em 31/12/2009, a Sitesharing NE S.A.1 (**Sitesharing NE**), CNPJ 09.477.524/0001-42, tinha o seguinte quadro de acionistas, conforme DIPJ AC2009:

☐ 99,99% - Sitesharing Brasil S.A. (**Sitesharing Brasil**), CNPJ 05.637.153/0001-98, e

☐ 0,01% - Luigi Cosenza, CPF 008.035.238-80.

A Sitesharing Brasil era uma empresa operacional detentora de torres de telecomunicações. No início das tratativas com o Grupo American Tower, a sua composição acionária, conforme DIPJ AC2008, era a seguinte:

☐ 67% - Sestri Empreendimentos e Participações Ltda. (**Sestri**), CNPJ 05.448.607/0001-52, e

☐ 33% - Servsite Ltda. (**Servsite**), CNPJ 04.787.555/0001-86.

A acionista minoritária Servsite tinha como sócios:

☐ 60% - Metalpark Engenharia Comércio e Construções Ltda., CNPJ 62.955.158/0001-72, empresa controlada pelo Sr. Luigi Cosenza, e

☐ 40% - CRAL – Carvalho Consultoria e Participações Ltda., CNPJ 05.043.440/0001-40.

A Sestri, por sua vez, tinha como sócios:

☐ 99,97% - Esclimont Participações S/C Ltda. (**Esclimont**), CNPJ 00.177.361/0001-08, e

☐ 0,03% - Flavio Ognibene Guimarães (**Flavio**), CPF 056.139.798-80.

E a composição societária da Esclimont era a seguinte:

☐ 1.117.880 quotas de R\$ 1,00 cada - Belaggio Investments Inc. (**Belaggio**), empresa domiciliada nas Ilhas Virgens Britânicas, e

☐ 1.000 quotas de R\$ 1,00 cada – Ivan Magnani Fochi, CPF 004.132.328-91.

Conforme consta na alteração contratual da Esclimont, datada de 30/06/2005, as 1.000 quotas de Ivan Magnani Fochi haviam sido cedidas por Flavio Ognibene Guimarães. A alteração contratual foi protocolada na Jucesp juntamente com a tradução juramentada de procuração outorgada pelo sócio Belaggio ao Sr. Ivan Magnani Fochi e, neste último documento, verifica-se que a empresa Belaggio tem sede em Pasea Estate PO Box 3149 Road Town, Tortola, Ilhas Virgens Britânicas.

Trata-se, portanto, de uma empresa de caixa postal.

Constatou-se ainda que, em outra alteração contratual da Esclimont, de 23/10/1998, o Sr. Flavio assinava como representante da sócia Belaggio. Tratava-se, assim, de uma empresa ligada a ele.

Desse modo, o Sr. Flavio, mesmo sendo sócio minoritário da Sestri, era capaz de exercer influência no sócio majoritário Esclimont por meio da Belaggio.

A Sitesharing NE havia sido constituída em 31/03/2008 com capital social de R\$ 100.000,00, tendo como sócios Sitesharing Brasil, com R\$ 99.990,00 (99.990 quotas) e Luigi Cosenza, com R\$ 10,00 (10 quotas). Durante o ano de 2008, a sociedade não teve atividade operacional.

Resumidamente e em ordem cronológica, a venda da Sitesharing NE para o Grupo American Tower foi formalizada mediante os seguintes atos e/ou operações:

31/07/2009 - Contrato de compra e venda pelo qual a Servsite vende 5.066.578 ações emitidas pela Sitesharing Brasil (aprox. 13% do seu capital social) para o Sr. Flavio.

03/08/2009 - Contrato de compra e venda em que a Sestri vende ao Sr. Flavio todas as suas 25.453.754 ações da Sitesharing Brasil (aprox. 67% do capital). Após esta etapa, a composição societária da Sitesharing Brasil passou a ser: 80% Flavio e 20% Servsite.

10/09/2009 - Pré-acordo: carta confidencial enviada ao Sr. Flavio pela American Tower do Brasil (cópia do original em inglês e da tradução às fls. 1817/1842), no intuito de estabelecer certos entendimentos não vinculantes e certos acordos vinculantes entre American Tower do Brasil (a “Compradora”), Sitesharing Brasil (a “Companhia”) e o acionista da

Companhia Sr. Flavio (o “Vendedor”). A carta tratava da possível aquisição, pela “Compradora” American Tower do Brasil, dos negócios de torres da “Companhia” Sitesharing Brasil e tinha natureza de pré-acordo, evidenciando que as tratativas de negociação tiveram início em data anterior.

11/01/2010 - Registro junto à Jucesp (fls. 1848/1905): Sitesharing NE aumenta seu capital de R\$ 100.000,00 para R\$ 16.619.471,00. O aumento de capital foi subscrito e integralizado pelo sócio Sitesharing Brasil mediante a entrega de ativos caracterizados por construções de “sites” e equipamentos de torres de transmissão de telefonia celular, implantados em terrenos de terceiros.

01/09/2010 - Cisão parcial da Sitesharing Brasil, com versão de patrimônio de R\$ 44.382.330,00 constituído pela participação societária que a companhia detinha na incorporadora Sitesharing NE e também por outros ativos (torres de telecomunicações). Nesta etapa, concluiu-se a transferência dos ativos de interesse da American Tower para a Sitesharing NE.

o Em decorrência da cisão da Sitesharing Brasil, o seu acionista Flavio teve suas ações canceladas e, em contrapartida, recebeu 9.184.531 ações ordinárias da incorporadora Sitesharing NE.

o As ações que eram de titularidade da Sitesharing Brasil e incorporadas pela própria emitente Sitesharing NE também foram atribuídas ao beneficiário da cisão Flavio que, assim, recebeu mais 16.619.461 ações ordinárias.

o Com a cisão, o capital da Sitesharing NE foi aumentado para R\$ 25.804.002,00. O Sr. Flavio passou a deter 25.803.992 ações (99,99996%) e o Sr. Luigi Cosenza permaneceu com 10 ações (0,00004%).

o A cindida Sitesharing Brasil teve seu capital reduzido de R\$ 38.150.414,00 para R\$ 7.630.082,00 e passou a ser uma subsidiária integral da Servsite (7.630.082 ações).

o Na mesma data da cisão, as 10 ações detidas por Luigi foram transferidas para Flavio.

01/10/2010 - Contrato de Intermediação celebrado entre Flavio e a empresa Castelumare Serviços em Gerenciamento de Torres Ltda. (CNPJ 07.769.363/0001-35), cujo representante legal era o Sr. Luigi Cosenza. Como remuneração pelos serviços de intermediação realizados (o Intermediador teria prospectado o mercado e obtido êxito em aproximar o

Vendedor Flavio e a empresa American Tower do Brasil), Flavio se obrigou a pagar ao Intermediário a quantia de R\$ 100.000.000,00. Intimada, a American Tower do Brasil não reconheceu a participação da empresa Castelamare no negócio, mas observou que Flavio teria declarado ter contratado os seus serviços, assumindo única e inteira responsabilidade sobre a sua remuneração. O pagamento, concluiu a autoridade fiscal, serviu como compensação a Luigi Cosenza pela concordância com a realização das operações pouco ortodoxas das ações da Sitesharing NE para Flavio.

17/02/2011 - “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (fls. 1986/2029) celebrado entre Flavio (Vendedor) e American Tower do Brasil (Comprador) e Sitesharing Brasil (Interveniente anuente). É o instrumento definitivo de aquisição de todas as 25.804.002 ações ordinárias emitidas pela Sitesharing NE. Nesse instrumento constam cláusulas que estabelecem as parcelas do preço pactuado, bem assim a forma de cálculo de cada parcela. Pelas informações prestadas pelo sujeito passivo, o preço total de aquisição ficou em R\$ 926.848.111,77 (parcelas pagas de 01/03/2011 a 07/10/2011), correspondendo a um ágio de R\$ 853.707.240,11. A origem dos recursos utilizados para pagamento do preço, segundo informado pelo contribuinte, seria a seguinte:

Após todas estas fases, aparente e formalmente, a American Tower do Brasil (recorrente) teria incorporado a Sitesharing.

Porém, este “formalismo” não supera a essência, isto é, o que a legislação autoriza é a amortização do ágio por parte de quem suporta EFETIVAMENTE o ônus de adquirir a participação societária, diga-se, sem meias palavras, quem paga, quem suporta o descaixe financeiro do empreendimento e não quem aparece simplesmente no contrato como adquirente. É a norma do artigo 385 do então RIR/99, possibilitando, na sequência, a dedução da despesa com amortização.

Em suma, como muito bem aponta a D. Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, (fls. 6493), *“para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil. Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.”*. (destaques no original).

Ademais, e muito além disso, **está absolutamente claro que o objeto do negócio foi a aquisição de sites de telecomunicações**, fato que se observa pela sequência de operações societárias até a formalização da sociedade Sitesharing NE, que concentrou os ativos de interesse

a Recorrente e pelos valores de aumento de capital, que se referem exatamente aos valores dos bens vertidos.

Ou seja, ERA INDIFERENTE para a compradora **qual seria a empresa adquirida** na transação, porque o que realmente interessava eram **os bens adquiridos**.

Foi nesse contexto que figurou de maneira artificial a Sitesharing NE, sendo mera hospedeira para os ativos que interessavam ao Grupo American Tower, inexistindo, assim, confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido, pois o papel de investidora na aquisição é desempenhado pela **American Tower Corporation**, empresa alienígena, que desempenha função de *Real Estate Investment Trust* (REIT), estrutura que opera via captação de recursos, aquisição de ativos destinados a render aluguéis, conforme registro junto à *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC).

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

Este quadro está explícito quando se vê a condicionante de existir prévia transferência dos ativos de interesse da Recorrente para a empresa objeto, levando a que o aumento de capital da empresa objeto seja exatamente os valores dos bens vertidos, restando claro, portanto, a partir da sequência de etapas societárias, **que nunca houve interesse na aquisição societária, mas nos ativos, que se referem a aquisição de torres de transmissão de dados** (TVF – fls. 1672):

TRADUÇÃO JURAMENTADA

PREZADO FLAVIO:

O OBJETIVO DESTA CARTA (A "CARTA") É ESTABELECEM CERTOS ENTENDIMENTOS NÃO VINCULATIVOS E CERTOS ACORDOS VINCULATIVOS POR E ENTRE A AMERICAN TOWER DO BRASIL CESSÃO DE INFRA-ESTRUTURAS LTDA. UMA COMPANHIA LIMITADA BRASILEIRA (A "COMPRADORA"), A SITESHARING DO BRASIL EMPREENDIMENTOS EM TELECOMUNICAÇÕES S/A, UMA COMPANHIA REGISTRADA BRASILEIRA (A "COMPANHIA"), E O ÚNICO ACIONISTA INDIRETO ABAIXO ASSINADO DA COMPANHIA (O "VENDEDOR") EM RELAÇÃO A POSSÍVEL AQUISIÇÃO PELA COMPRADORA DOS NEGÓCIOS DE TORRES DA COMPANHIA.

Nessa esteira, como bem observado pela Fazenda Nacional, “*Os fatos narrados acima reforçam o acerto da autoridade fiscal, quando afirmou que “era indiferente para a Compradora qual seria a empresa adquirida na transação, o importante, neste caso, é que os ativos de interesse da Compradora fossem transferidos para aquela empresa.” (fl. 1673). Com efeito, a alocação dos ativos “sites” de telecomunicação na SITESHARING NE S.A. ocorreu, notoriamente, quando já era sabido que seriam negociados, o que confirma a percepção de que o objeto do negócio eram os referidos “sites”. Basta verificar as datas das operações societárias e os documentos indicados pela Fiscalização, para perceber que o conjunto de operações societárias concretizadas no GRUPO SITESHARING aconteceu no contexto das tratativas que vinham sendo desenvolvidas com o GRUPO AMERICAN TOWER. Daí por que a transferência dos “sites” de telecomunicação para a SITESHARING deve ser vislumbrada como a preparação para o fechamento do negócio e, mais importante, deve-se considerar que tais ativos configuram o verdadeiro objeto do negócio – e não as ações da SITESHARING NE S.A.”. (Contrarrazões – fls. 6502).*

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

Em síntese final, nunca houve qualquer interesse em realizar investimento societário, a Sitesharing NE era tão somente um receptáculo dos ativos adquiridos, a partir de uma sequência de operações previamente acordadas com a recorrente, inexistindo, assim por óbvio,

qualquer lógica que se leve a imaginar que os bens isoladamente considerados pudessem resultar em expectativa de resultado futuro. Eram, são e sempre serão ativos isoladamente tomados e que se prestam a desenvolvimento das atividades da recorrente mas que não foram objeto de qualquer avaliação futura.

Criou-se, assim uma situação artificial para permitir o enquadramento do ágio pago como se o fundamento fosse a expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art. 385, § 2º, II, do então RIR/99, quando, na verdade, o pagamento do ágio **é o valor dos ativo de interesse da Recorrente** (art. 385, § 2º, I, do então RIR/99).

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

Assim, restou suficientemente demonstrado que o real adquirente da participação societária foi a holding do grupo American Tower situada no exterior e que a empresa brasileira American Tower do Brasil serviu apenas como passagem dos recursos financeiros utilizados para pagamento do preço. A decisão de compra, bem assim o sacrifício financeiro para a sua quitação, se verificou no exterior e não pode ser atribuído ao sujeito passivo apenas porque foi signatário de um contrato de compra e venda.

Destarte, a amortização fiscal do ágio não está autorizada, eis que não houve a confusão patrimonial entre a adquirente situada no exterior e a adquirida Sitiesharing NE, sendo procedente a glosa efetuada pela fiscalização.

Desse modo, nego provimento ao recurso voluntário neste tomo.

2. OPERAÇÃO: AQUISIÇÃO DA NEXTEL TORRES E EQUIPAMENTOS LTDA.

OPERAÇÃO	ÁGIO	INCORPORADA	VALOR DO ÁGIO	VALOR TOTAL DA AQUISIÇÃO (APÓS OS AJUSTES)	PERCENTUAL DO ÁGIO SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO	DATA DO CONTRATO	DATA DE FECHAMENTO DA OPERAÇÃO
2	Nº 2	NEXTEL TORRES	R\$ 433.489.693,23	R\$ 796.570.471,73	54%	08/08/2013	06/12/2013

No ano de 2013, conforme linha do tempo abaixo, o grupo American Tower pactuou e efetuou as seguintes operações societárias com o grupo Nextel:

- 06/05/2013 - Registro na Jucesp da constituição da sociedade Nextel Torres e Equipamentos Ltda. (**Nextel Torres**), CNPJ 18.055.619/0001-69, tendo como sócios Nextel Telecomunicações S.A., CNPJ 00.169.369/0001-22, com 1 quota, e Nextel Telecomunicações Ltda. (**Nextel Telecomunicações**), CNPJ 66.670.229.0001-67, com 999 quotas, sendo o seu capital social de R\$ 1.000,00.

- 03/07/2013 - Registro na Jucesp de alteração contratual (da Nextel Torres) em que se retira da sociedade a Nextel Telecomunicações S.A., que transfere a sua única quota à Nextel Telecomunicações Ltda., e esta passa a ser a única sócia da Nextel Torres.
- 08/08/2013 - “Contrato Principal de Compra e Venda” (“Master Purchase and Sale Agreement”), originariamente redigido em língua inglesa entre Nextel Telecomunicações (Vendedora) e American Tower do Brasil (Compradora) e Nextel Torres (“Empresa de Torres”), que formalmente aparenta tratar da compra e venda de quotas societárias. Todavia, uma análise detalhada das cláusulas do contrato indica que o objeto jurídico é, na realidade, a aquisição dos ativos “sites” (que compreendem torres, equipamentos e benfeitorias). A “Empresa de Torres”, por seu turno, é uma empresa veículo que serviu para transferir os ativos de interesse do Grupo American Tower por meio da sua posterior incorporação.
- 05/12/2013 - Aumento do capital social da Nextel Torres, passando de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00, pela criação de 359.306.196 quotas de valor nominal unitário de R\$ 1,00, totalmente subscritas e integralizadas pela única sócia Nextel Telecomunicações mediante a conferência de bens (“sites” listados no Anexo I da alteração do contrato social) que eram de interesse do Grupo American Tower.
- No ano de 2013, o grupo American Tower pactuou e efetuou as seguintes operações societárias com o grupo Nextel:
- 06/05/2013 - Registro na Jucesp da constituição da sociedade Nextel Torres e Equipamentos Ltda. (**Nextel Torres**), CNPJ 18.055.619/0001-69, tendo como sócios Nextel Telecomunicações S.A., CNPJ 00.169.369/0001-22, com 1 quota, e Nextel Telecomunicações Ltda. (**Nextel Telecomunicações**), CNPJ 66.670.229.0001-67, com 999 quotas, sendo o seu capital social de R\$ 1.000,00.
- 03/07/2013 - Registro na Jucesp de alteração contratual (da Nextel Torres) em que se retira da sociedade a Nextel Telecomunicações S.A., que transfere a sua única quota à Nextel Telecomunicações Ltda., e esta passa a ser a única sócia da Nextel Torres.
- 08/08/2013 - “Contrato Principal de Compra e Venda” (“Master Purchase and Sale Agreement”), originariamente redigido em língua inglesa entre Nextel Telecomunicações (Vendedora) e American Tower do Brasil (Compradora) e Nextel Torres (“Empresa de Torres”), que formalmente

aparenta tratar da compra e venda de quotas societárias. Todavia, uma análise detalhada das cláusulas do contrato indica que o objeto jurídico é, na realidade, a aquisição dos ativos “sites” (que compreendem torres, equipamentos e benfeitorias). A “Empresa de Torres”, por seu turno, é uma empresa veículo que serviu para transferir os ativos de interesse do Grupo American Tower por meio da sua posterior incorporação.

- 05/12/2013 - Aumento do capital social da Nextel Torres, passando de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00, pela criação de 359.306.196 quotas de valor nominal unitário de R\$ 1,00, totalmente subscritas e integralizadas pela única sócia Nextel Telecomunicações mediante a conferência de bens (“sites” listados no Anexo I da alteração do contrato social) que eram de interesse do Grupo American Tower.

a.2) Origem dos recursos - Aquisição Nextel Torres e Equipamentos Ltda:

- Aproximadamente R\$ 403 milhões – empréstimo concedido por sociedade(s) pertencente(s) ao grupo da INTIMADA no exterior
- Aproximadamente R\$ 410 milhões – aumento de capital.

- 13/05/2014 - Registro na Jucesp da Ata de Reunião de Sócios da American Tower do Brasil – Cessão de Infraestruturas Ltda., datada de 30/12/2013 (fls. 180/195), que aprovou o Instrumento de Justificação e Protocolo da incorporação da sociedade American Tower do Brasil II – Cessão de Infraestruturas Ltda. (novo nome empresaria da “Empresa de Torres”). Ou seja, menos de um mês após a assinatura, em 06/12/2003, do acordo de arrendamento das torres e da data do fechamento da “venda das quotas” da “Empresa de Torres”, esta última, que recebeu os ativos de interesse do Grupo American Tower, foi incorporada pela American Tower do Brasil.

Ou seja, da mesma forma como ocorreu na operação com a Sitesharing, após todas estas fases, aparente e formalmente, a American Tower do Brasil (recorrente) teria incorporado a Sitesharing.

Porém, este “formalismo” não supera a essência, isto é, o que a legislação autoriza é a amortização do ágio por parte de quem suporta EFETIVAMENTE o ônus de adquirir a participação societária, diga-se, sem meias palavras, quem paga, quem suporta o desequilíbrio financeiro do empreendimento e não quem aparece simplesmente no contrato como adquirente. É a norma do artigo 385 do então RIR/99, possibilitando, na sequência, a dedução da despesa com amortização.

Em suma, como muito bem aponta a D. Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, já citadas antes (fls. 6493), **“para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico**

(transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil. Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.” (destaques no original).

Ademais, está absolutamente claro que o objeto do negócio foi a aquisição de sites (torres) de telecomunicações, fato que se observa pela sequência de operações societárias e pelos valores de aumento de capital, que se referem exatamente aos valores dos bens vertidos.

Nesse sentido, como acima demonstrado na linha do tempo, está patente nos autos que toda a operação foi precedida de contrato firmado em agosto de 2013 e em 05.12.2013 foi efetuado o aumento do capital social (de R\$ 1.000,00 para R\$ 359.307.196,00) da empresa objeto, mediante integralização pela então sócia via subscrição dos ativos que de fato interessavam a recorrente.

Resumindo, **a operação se destinou à aquisição de ativos.**

A estampa fica ainda mais incontroversa quando se faz vê que, no dia 05/12/2013 (um dia antes do fechamento da alienação da NEXTEL TORRES - “Empresa de Torres”), esta pessoa jurídica recebeu o aporte de capital acima citado no montante de R\$ 359 milhões mediante a **integralização por meio da conferência de bens**, que consistiram justamente nos “sites” que interessavam ao GRUPO AMERICAN TOWER.

Sem necessidade de maiores digressões, o verdadeiro objeto do negócio eram os “sites”, e não a participação societária na NEXTEL TORRES.

Mais precisamente, a aquisição de 1.940 torres!

Conforme explicitado entre as partes (TVF – fls. 1691):

telecomu- e chama- e móveis, a Internet, ção Direta usuários O Serviço ção con- tra operar zam prin- o despá- ormas de a Internet, stinado a terizados ia através serviço de Pessoal	tura societária do grupo econômico no qual as partes encontram-se inseri- das e consequente otimização da eficiência na gestão, redução de custos operacionais, e aproveitamento da estrutura administrativa, comercial e fi- nanceira da Companhia e de sua Controlada. Venda e subsequente arren- damento das torres de telecomunicações: Em 06 de dezembro de 2013, a Companhia através de sua Controlada Nextel Telecomunicações Ltda. celebrou contrato no montante de R\$ 813.830 com a American Tower Inter- national Inc. (“ATC”) para a venda de 1.940 torres e subsequente locação dessas torres (“sale-lease back”). As torres, objeto da negociação, incluem apenas as estruturas fixas das torres de telecomunicações de propriedade da Controlada, bem como a cessão, irrevogável, de contratos de arrenda- mento de terra subjacentes sobre as quais as 1.940 torres estão instaladas. O valor pago pela “ATC” pela compra das 1.940 torres totalizou R\$ 813.830 e foi efetivamente pago a título de antecipação em 6 de dezembro de 2013. De acordo com o contrato, a ATC tem o prazo de 120 dias, a partir da data da venda, para inspecionar, confirmar e conceder o seu “aceite” para cada torre individualmente. Apenas após o referido aceite a operação de venda será concretizada e os riscos e benefícios serão transferidos para a ATC. Em	relacionadas Amortização de Ingressos de e Adiantamento American Tow Caixa líquido das (aplicado de financiar Aumento (red equivalentes Caixa e equiva no início do e Caixa e equiva no final do e) As notas dem potenciais disp questões refer
---	---	--

Por fim, outro fato que demonstra de forma transparente que a operação tinha como objeto a aquisição de ativos era a condição estabelecida para que a “Empresa de Torres”, desde a sua constituição até a data a venda das suas quotas, não poderia desenvolver qualquer

atividade comercial, não contratar funcionários. **Ou seja, a nova empresa não poderia fazer nada que uma empresa normal faria!!**

Então, para que foi criada?

Obviamente para ser um instrumento de passagem, criada com a única finalidade de transferir os ativos de interesse da Recorrente (cláusula 5.10, “b” do contrato – TVF – fls. 1689).

*Cabe, também, uma menção específica à Cláusula 5.10, letra (b), do “Contrato Principal de Compra e Venda” (Anexo 24), que estabelece obrigações à “Empresa de Torres”, desde a sua constituição até a data de Fechamento da Venda das Quotas, tais como: **nunca ter tomado parte em qualquer atividade comercial; não conduzir operações, exceto entre o período da assinatura do Contrato e a data de Fechamento da Venda das Quotas; nunca ter contratado funcionários; ou seja, verifica-se, no caso em tela, a estipulação contratual de que a “Empresa de Torres” deveria ser uma empresa veículo, criada com a finalidade de transferir os ativos de interesse do Grupo American Tower por meio da posterior incorporação da “Empresa de Torres” pela AMERICAN TOWER DO BRASIL. Destacamos, abaixo, o trecho do Contrato mencionado neste item:***

CLÁUSULA 5.10 Empresa de Torres.

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

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

Em suma, o verdadeiro alvo das operações eram as 1.940 torres de transmissão, nunca a aquisição da participação societária de uma empresa “casca”.

Concluindo, do mesmo modo como ocorreu com a Sitesharing, o ágio nascido das operações com a Nextel Torres e Equipamentos Ltda. não tem substância, eis que não houve a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida Sitesharing NE, sendo procedente a glosa efetuada pela fiscalização.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário em relação a este tópico.

DO ÁGIO DAS OPERAÇÕES COM O GRUPO BR TOWERS

Como visto anteriormente, para estas operações a única (mas incisiva) restrição do Fisco para o aproveitamento das despesas de amortização dos ágios gerados foi o fato de a recorrente ser apenas um instrumento de passagem para o investimento realizado pelo grupo econômico controlado pela American Tower Copr. (USA), isto é, não seria ela a real adquirente, fato que impede a subsunção à regra prevista no art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que exige a confusão dos patrimônios da investidora e da investida.

Cabem algumas palavras a respeito da empresa norte-americana.

Trata-se de empresa norte-americana, holding e controladora do grupo, que age operacionalmente por meio de suas subsidiárias e que é estruturada na forma de *Real Estate Investment Trust* (REIT), no qual a AMERICAN TOWER CORPORATION – o trust – capta recursos e os repassa para subsidiárias – via aumento de capital ou empréstimos –, para que estas realizem investimentos (aquisição de ativos).

Após a aquisição dos ativos, as subsidiárias remetem para o REIT as receitas que auferirem ou os juros devidos pelos empréstimos contraídos.

Essas considerações são relevantes, pois servirão para demonstrar que a AMERICAN TOWER DO BRASIL (recorrente) somente conseguiu adimplir o contrato de compra e venda formalizado com o GRUPO NEXTEL por causa dos repasses de recursos advindos da controladora do GRUPO AMERICAN TOWER, residente no exterior.

No Brasil, o grupo comandado pela American Tower Corp. tem como negócio principal a locação de sites de comunicação, aí incluídos torre, equipamentos e o local de instalação deles.

Pois bem, concretamente em relação ao chamado Grupo BR Towers, as operações foram assim sintetizadas pelo Fisco (TVF – fls. 1666):

OPERAÇÃO	ÁGIO	INCORPORADA	VALOR DO ÁGIO	VALOR TOTAL DA AQUISIÇÃO (APÓS OS AJUSTES)	PERCENTUAL DO ÁGIO SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO	DATA DO CONTRATO	DATA DE FECHAMENTO DA OPERAÇÃO
3	Nº 3	BR TOWERS 3	R\$ 158.360.123,07	R\$ 1.436.700.009,76	22%	13/06/2014	19/11/2014
	Nº 4	BR TOWERS 5	R\$ 10.877.971,69				
	Nº 5	SITESHARING BRTW	R\$ 143.620.960,38				

De acordo com o TVF, esta a sequência de atos e fatos pertinentes às operações com o Grupo BR Towers:

13/06/2014 - Contrato de Compra de Ações (“Share Purchase Agreement”, original e tradução juntados às fls. 2828/3057), constando a American Tower do Brasil como “Compradora” e tendo por objeto a Compra e Venda de Ações da BR Towers S.A. (CNPJ 17.078.903/0001-98). São signatários como “Vendedores”: FIPJ Multisetorial Plus, Luigi Cosenza, Palta LLC, GPCP5 I – Fundo de Investimento em Participações e SS Towers Participações S.A.

16/10/2014 - 53ª alteração do contrato social da American Tower do Brasil em que o capital social foi aumentado em R\$ 2.000.000.000,00 mediante a criação de 2 bilhões de novas quotas, de valor nominal de R\$ 1,00 cada, totalmente subscritas pela sócia majoritária ATC South America Holding LLC (**ATC South America**), sendo 21.017.280 quotas integralizadas naquele ato em moeda corrente nacional e as 1.978.982.720 quotas restantes a serem integralizadas no prazo de 5 anos contados daquela data.

07 e 10/11/2014 - 54ª alteração do contrato social da American Tower do Brasil, datada de 02/03/2015, em que as sócias reconhecem a integralização do capital subscrito pela ATC South America ocorrida em 07/11/2014, no montante de R\$ 319.902.500,00, bem assim no dia 10/11/2014, no valor de R\$ 436.008.926,00. Nos dois casos, a integralização se deu com fundos remetidos através dos contratos de câmbio mencionados na alteração contratual e que, consoante informou o contribuinte, seriam oriundos de empréstimos recebidos de sociedades do grupo American Tower situadas no exterior. Remanesciam pendentes de integralização 1.223.071.294 quotas.

19/11/2014 - pagamentos efetuados pela American Tower do Brasil pela aquisição das empresas do grupo BR Towers:

30/01/2015 - Protocolo e Justificação de Incorporação da BR Towers S.A. 3 e da BR Towers 5 S.A. pela American Tower do Brasil.

31/03/2015 - Protocolo e Justificação de Incorporação da Sitiesharing BRTW S.A. pela American Tower do Brasil.

Com esse quadro estampado, o Fisco desconsiderou o ágio apurado e glosou as despesas com amortização.

Inconformada a recorrente contrapôs seus argumentos, conforme excertos do RV (fls. 6354/6357):

93. *Com relação ao fato de que os recursos para a realização da aquisição terem origem no exterior, conforme já explicado no presente Recurso Voluntário, a estrutura de compra alavancada é bastante comum no mercado de fusões e aquisições e não há nenhuma disposição legal que proíba a sua adoção pelas empresas. Além disso, o mero fato de uma empresa no Brasil ter buscado financiamento com um terceiro para realizar aquisição de um determinado investimento, não torna a sociedade financiadora a real adquirente*

(...)

97. *Ainda de acordo com o Contrato de Compra de Ações, o preço de aquisição, certo e ajustado, pago pela Recorrente, em favor dos vendedores, foi de R\$ 1.436.700.008,00 (um bilhão, quatrocentos e trinta e seis milhões, setecentos mil e oito reais). Assim como nas operações anteriores, a Recorrente não tinha os recursos necessários para efetuar a aquisição e, por isso, recebeu valores do exterior, via aumento de capital e empréstimos de parte relacionadas.*

(...)

Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor, a Recorrente passou a registrar ágio no valor de R\$ 1.065.603.421,01 (um bilhão, sessenta e cinco milhões, seiscentos e três mil, quatrocentos e vinte e um reais e um centavo), dos quais R\$ 312.859.055,14 referem-se às aquisições da BR Towers 3, BR Towers 5 e Sitesharing BRTW e são objeto de questionamento no presente Processo Administrativo

(...)

104. *Este ágio foi integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura das participações societárias adquiridas pela Recorrente, nos termos do Laudo de Avaliação Econômico-Financeira elaborado pela E&Y, em 30.6.2014 (fls. 5.589/5.670). Referido Laudo de Avaliação confirma expressamente o fundamento econômico do ágio pago pela Recorrente em relação às empresas do Grupo BR Towers, com base em estimativas de rentabilidade futura, apuradas segundo o método de fluxo de caixa descontado.*

Pois bem, de plano, a convergência da narrativa do Fisco e da recorrente é inquestionável, bastando ver os excertos de ambos os pronunciamentos acima reproduzidos para se constatar que os recursos não eram da recorrente (American Tower do Brasil), mas, sim, direta ou indiretamente, da empresa americana American Tower Corp.

Conferindo:

Fisco:

16/10/2014 - 53ª alteração do contrato social da American Tower do Brasil em que o capital social foi aumentado em R\$ 2.000.000.000,00 mediante a criação de 2 bilhões de novas quotas, de valor nominal de R\$ 1,00 cada, totalmente subscritas pela sócia majoritária ATC South America Holding LLC (**ATC South America**), sendo 21.017.280 quotas integralizadas naquele ato em moeda corrente nacional e as 1.978.982.720 quotas restantes

Contribuinte:

93. Com relação ao fato de que os recursos para a realização da aquisição terem origem no exterior, conforme já explicado no presente Recurso Voluntário, a estrutura de compra alavancada é bastante comum no mercado de fusões e aquisições e não há nenhuma disposição legal que proíba a sua adoção pelas empresas. Além disso, o mero fato de uma empresa no Brasil ter buscado financiamento com um terceiro para realizar aquisição de um determinado investimento, não torna a sociedade financiadora a real adquirente

(...)

Assim como nas operações anteriores, a Recorrente não tinha os recursos necessários para efetuar a aquisição e, por isso, recebeu valores do exterior, via aumento de capital e empréstimos de parte relacionadas.

Então, incontroversos os fatos, há que se analisar se as operações – lícitas e legais sob o ponto de vista comercial e societário – têm a conformação tributária que lhe quis imprimir a recorrente (deduzindo o valor da amortização do ágio nelas gerados).

Pois bem, não desconheço que a matéria nesta parte comporta discussões e posições divergentes, inclusive em relação à mesma recorrente e mesmos fatos, apenas em períodos diferentes.

Refiro-me ao Processo nº 16561.720065/2021-92, já relatado e votado na 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção – Acórdão nº 1301-006.874 – sessão de 09/04/2024, relatoria do Conselheiro Iágaro Jung Martins, compreendendo os fatos geradores do ano-calendário 2016 e Processo nº 17459.720028/2022-03, em julgamento nesta Turma, relatoria do Conselheiro Rafael Zedral, com voto preliminarmente já declinado, período 2017.

Nestes dois processos, os votos dos I. Relatores foram no sentido de, NESTE TÓPICO, prover o recurso voluntário da recorrente (ou negar provimento ao recurso de ofício, se for o caso).

Todavia, com a devida vênica aos Conselheiros Iágaro e Rafael, faço uma leitura diferente dos fatos.

Explico.

Historicamente e antecedentemente à Lei nº 9.532/1077 (e Lei nº 12.973/2014) o ágio, pela dicção do Decreto-lei nº 1.598/1977 consistia tão somente numa forma ou critério de avaliação de investimento — e não de dedutibilidade para fins tributários - tendo, dentre outros objetivos, normatizar os efeitos tributários decorrentes dos novos procedimentos contábeis então introduzidos pela Lei das Sociedades por Ações — Lei 6.404/76.

Posteriormente, com a edição da referida Lei nº 9.532/1997, promulgada dentro do cenário de privatizações e planos econômicos surgidos na macro-política econômica pós Plano Real, permitiu-se, **mediante o cumprimento de requisitos**, que o “plus” (ágio) havido nas

operações societárias de incorporação, fusão ou cisão fosse amortizado e deduzido da base imponible do IRPJ em dez anos (reduzido para cinco anos – 60 meses, através a Lei nº 9.718/98, que alterou o artigo 7º da norma anterior).

Desse modo, estabeleceu-se como premissa obrigatória para os interessados em aproveitar a benesse legislativa de levar a despesa com a amortização do ágio em confronto com as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, reduzindo-as, os seguintes requisitos, de acordo com o artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

1. Ocorrência de evento de absorção de patrimônio de uma empresa por outra — via incorporação, fusão ou cisão —, na qual já existisse, anteriormente, investimento feito com ágio suportado;
2. Registro do referido ágio, pela investidora, em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe dera causa;
3. Amortização em resultados tributáveis apurados posteriormente a evento de incorporação, fusão ou cisão, à razão máxima de 1/60 por mês;
4. Custo de aquisição, incluído o ágio, efetivamente suportado — pago — pela empresa investidora e/ou adquirente; e,
5. Demonstração da fundamentação econômica desse ágio, baseada em expectativa de rentabilidade futura (geralmente mediante Laudo).

Pois bem, concretamente, tem-se nos autos - e a própria recorrente reconhece isso -, que os recursos financeiros que permitiram as operações levadas a efeito e culminaram no ágio cuja amortização foi objeto de glosa pelo Fisco, **vieram do exterior**, sendo desnecessárias maiores repetições a respeito.

De toda sorte, finalizadas as entradas de recursos do exterior, via aumento de capital ou empréstimos, que tiveram como irrigador injetor dos fundos a American Tower Corp. (USA), a ora recorrente AMERICAN TOWER DO BRASIL LTDA., **sem haver despendido um único centavo de recursos próprios** foi ungida com uma mais valia patrimonial estratosférica que lhe permitiu deduzir, a título de “amortização de ágio – despesa”, nos anos-calendário de 2012 a 2015, o montante total de R\$ 446.088.975,20, conforme abaixo:

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, como detalhado no Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	119.134.198,21	150,00
31/12/2013	86.169.362,18	150,00
31/12/2014	107.151.211,68	150,00
31/12/2015	133.634.203,13	150,00

É certo que, como alega a recorrente, todas operações foram feitas de acordo com a legislação, formalmente registradas, corretamente escrituradas.

Porém – e aí o ponto fulcral da discussão – direito societário e empresarial tem um enfoque – Direito Tributário tem outro.

Se as operações societariamente seguiram regramentos, não significa que tributariamente estejam de acordo com a legislação.

Assim, se os procedimentos seguissem e atendessem aos requisitos exigidos pela norma tributária (atrás listados), nenhum, óbice haveria para que a recorrente deduzisse, das bases impositivas do IRPJ e da CSLL, as despesas surgidas com a amortização do ágio.

Entretanto, o que se vê nos autos é situação fática que afronta a legislação e a própria jurisprudência sedimentada no CARF, inclusive em sua última instância (CSRF):

“Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma “empresa-veículo” com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e 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**”. Ac. 9101-003.495, de 03/04/2018

Atente-se que sequer estou entrando no mérito sobre a utilização de empresa veículo, aqui tomada sem qualquer sentido pejorativo, mas apenas como “passagem” para que o dinheiro fosse irrigado para as empresas adquiridas, até porque não me parece que a recorrente seja uma empresa com estas características.

Mas isso é irrelevante para o racional aqui assumido.

O que importa e realmente a prejudicou e de forma irremediável, a operação sob a ótica tributária e fiscal é que os recursos financeiros não eram, não vieram e não foram suportados por quem ficou com o bônus de um ágio extraordinário, no caso a recorrente, American Tower do Brasil Ltda.

Em outro dizer, o ágio deve ser alocado – e as despesas com sua amortização, por óbvio, também -, A QUEM EFETIVAMENTE suportou o seu ônus.

Ora a recorrente comprovadamente NÃO FEZ DESENCAIXE ALGUM (e esse ponto é incontroverso), ou seja, não suportou o ônus da aquisição com seus próprios recursos, ao contrário, quem o suportou foi o grupo American Tower dos Estados Unidos, conforme avassaladora, exaustiva e indesmentível comprovação presente nos autos.

Nesse ponto, com ou sem utilização de empresa veículo, com ou sem Laudo anterior ou posterior aos eventos, o núcleo de todo o procedimento é simplesmente esse: **quem arcou com o ônus das aquisições?**

Claramente não foi a recorrente, embora tenha ficado com o bônus, em uma engenharia digna dos maiores encômios sob o ponto de vista do Direito societário, mas que não encontra amparo na legislação fiscal do país.

Com isso, evidentemente não há – e nem poderia haver – a imperativa confusão patrimonial entre investida e investidora, simplesmente porque a detentora efetiva do ágio nem empresa brasileira é (lembrando que este requisito é essencial na validação do ágio e na dedutibilidade da despesa com sua amortização).

A respeito, valho-me das palavras do ex-Conselheiro André Mendes Moura que bem analisou conceitualmente tal figura quando do seu voto no Acórdão nº 9101-002.301, da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

“Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta *sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa

jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas

sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso.

Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido”.

Voltando ao caso aqui tratado, a conclusão lógica é que o art. 386 do RIR/1999 (e o seu correspondente no RIR/2018) 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.

Cabe destacar que a lei nitidamente exige que a investidora envolvida na incorporação seja a **ORIGINAL**, tomado o termo em sentido estrito, ou seja, a pessoa jurídica que EFETIVAMENTE pagou pelo ágio, fez o descaixe, tudo por acreditar e ter confiança na rentabilidade futura do investimento. Em linhas óbvias: quem assumiu o risco, posição que é INDELEGÁVEL, mesmo que venham a existir e sejam realizadas multioperações e engenharias societárias destinadas a dar outra aparência formal.

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 engenharia societária, não há sentido algum em clamar por uma dedutibilidade fiscal que não atende aos contornos presentes no art. 386 do RIR/1999.

Concretamente nos autos, quem fez os efetivos desembolsos que permitiram a realização de todas as etapas da reorganização societária relatada, foi – incontroversamente - o grupo American Tower Corp., com sede nos Estados Unidos. NUNCA a recorrente, AMERICAN TOWER DO BRASIL LTDA.

Como bem resumido no Ac. 9101-002.962, relatoria da ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo:

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arrepio do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (**o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura**), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Concluindo, já disse atrás, uma das condições essenciais para o direito à amortização do ágio, é que o real adquirente do investimento seja empresa domiciliada no Brasil.

Isso é fora de discussões.

Ora, no caso aqui em tratado, indubitavelmente o ágio foi suportado pela American Tower Corp. ou seja, empresa localizada no exterior (USA) e filiais em diversas partes do mundo.

Sem mais delongas, o ágio pertence a empresa não domiciliada no Brasil.

Então, inobstante reconheça o profundo e complexo procedimento de reorganização societária levado a efeito, vejo que sob o ângulo tributário o único intento foi a busca de uma vantagem fiscal não autorizada pela legislação.

Em exprimir diferente, o que, no fundo, a recorrente buscou, foi tentar estabelecer o requisito formal do ágio, para aproveitá-lo fiscalmente. Assim, encadeou uma série de operações que tinham objetivo meramente tributário.

Ora, como o ágio original, que se pretendeu internalizar, não se sujeitou às regras brasileiras, não se pode aceitar a operação de internalização do ágio para fins fiscais, até porque impossível ao Fisco brasileiro obter acesso a estas informações na contabilidade de não residente para aferir sua regular escrituração, sem olvidar que cada país tem livre arbítrio para tratar do tema.

Como pontuado pela Procuradoria da Fazenda Nacional (contrarrazões – fls. 6528/6529):

“A exemplo do que aconteceu em relação ao “ágio SITESHARING” e ao “ágio NEXTEL”, vemos, novamente, o protagonismo da AMERICAN TOWER CORPORATION na negociação para aquisição do investimento que gerou o ágio.

Com efeito, sem os aportes financeiros – via aumento de capital ou empréstimos –, a AMERICAN TOWER DO BRASIL jamais conseguiria realizar a aquisição da BR TOWERS.

Dessa maneira, forçoso concluir que a pessoa com potencial financeiro para honrar a aquisição das ações da BR TOWERS era a AMERICAN TOWER CORPORATION – responsável pela distribuição de recursos para as controladas e subsidiárias do GRUPO AMERICAN TOWER e beneficiária final das receitas auferidas com os investimentos adquiridos pelas subsidiárias.

Diante disso, resta demonstrado que **a AMERICAN TOWER CORPORATION, real adquirente (investidor) não teve o seu patrimônio unido com o patrimônio da investida (BR TOWERS), e, portanto, não há como reconhecer a dedutibilidade do ágio registrado com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.**

Ante o exposto, demonstra-se o não cumprimento de um dos principais requisitos à dedutibilidade do ágio: **a confusão patrimonial entre investida e investidora**. Como visto, sem a ocorrência desse evento, não há como haver a presunção de perda do investimento adquirido, e, portanto, a autorização da dedução da despesa realizada. Por essas razões, deve ser mantida a glosa das despesas com a amortização do “ágio BR TOWERS”, em respeito à jurisprudência atual da CSRF”. (negritos no original)

Concluindo, e mais uma vez pedindo vênia, discordo da posição fincada pelos Conselheiros Iágaro e Rafael em relação à mesma matéria e contribuinte (períodos diferentes), para encaminhar meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Passo, a seguir, ao outro tema presente nos autos.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS

Analiso agora a infração “glosa de despesas financeiras”.

Recordando:

CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS		
INFRAÇÃO: DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS		
Despesas não necessárias apuradas conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.		
Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	212.612.807,53	150,00
31/12/2013	105.092.535,71	150,00
31/12/2014	101.022.698,59	150,00
31/12/2015	119.651.299,46	150,00

Resumidamente, entendeu a autoridade fiscal que as despesas com juros são indedutíveis, pois teriam por escopo impedir que a companhia auferisse lucro, fato inclusive reconhecido em relatórios de auditorias independentes de 2012, 2013, 2016, 2017 e 2018.

Sob tal ótica, ao quintuplicar o passivo financeiro com empresas ligadas entre 2011 e 2018 (de R\$ 1 bilhão para R\$ 5 bilhões), a autuada serviu de veículo para, por intermédio dos contratos simulados de empréstimos (que dissimularam a verdadeira natureza de capital investido), permitir que seus sócios recebessem rendimentos (remuneração), via juros transferidos para o exterior, enquanto no Brasil tais valores eram registrados como despesas e opostos aos resultados apurados, gerando prejuízos.

A fim de alinhar propósitos, os executivos da Autuada eram remunerados, entre outros, com pagamento baseado em ações de empresa estrangeira, de tal forma que o objetivo da autuada dentro do grupo econômico não era o de gerar lucros, mas fluxo de caixa suficiente para o pagamento de juros dos contratos de mútuo *intercompany*.

Além disso, buscando se enquadrar nas regras de subcapitalização (limite de duas vezes o PL), o grupo procedeu a aumento do capital da autuada de R\$ 344,6 milhões para R\$ 3,3 bilhões. Por fim, para evitar risco ao grupo, os bens adquiridos (torres de transmissão de dados) foram penhorados para holding American Tower International (ATI). Ou seja, aumentou-se o capital, mas bloquearam-se os bens.

De seu turno, a recorrente alega que as despesas seriam necessárias e sua dedutibilidade estaria condicionada aos requisitos do art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, regra especial que se sobreporia à regra geral do art. 299 do então RIR/99, não condicionando a dedutibilidade aos critérios da normalidade e usualidade.

Alega ainda descaber às autoridades lançadora e julgadora de primeira instância fazer juízo de valor sobre operações não vedadas pelo ordenamento e que os valores expressivos dos contratos de mútuo, representam compra alavancada e são compatíveis com os investimentos adquiridos, que produziram benefícios econômicos e não comprometeram a capacidade operacional da recorrente, pois viabilizaram o aumento da receita operacional líquida em quase 600% entre os anos de 2011 a 2016.

Mais ainda, que o contrato de penhor tem como objeto garantir a dívida contratada e não houve transferência da propriedade ou da posse e que os poderes outorgados às credoras não alteram a real relação de propriedade dos bens com a recorrente. Sobre a forma de incentivo remuneratório aos administradores, via ações emitidas ATC Corp, controladora do Grupo American Tower, com sede nos Estados Unidos da América, diz ser prática usual a vinculação às ações da empresa listada no exterior, dado que essas apresentam valor de mercado ativo e maior liquidez, todavia, tal fato que não significa que os administradores eram subordinados à ATC Corp.

A decisão *a quo* validou o trabalho fiscal.

Antes de adentrar no tema, cabem algumas ponderações sobre “despesas” e sua “dedutibilidade”.

Já escrevi em outros votos, ainda que brevemente, sobre os conceitos legais e doutrinários que cercam os custos e despesas de uma entidade.

Pois bem, que as despesas fazem parte do cotidiano das empresas e representa o esforço monetário que se faz para a obtenção de receitas e, conseqüentemente, de lucros, é pacífico.

Em outro dizer, consoante leciona o professor Sérgio de Iudícibus, com a cátedra que lhe é peculiar, despesa “**representa a utilização ou o consumo de bens e serviços no processo de produzir receitas podendo referir-se a gastos efetuados no passado, no presente ou que serão realizados no futuro**”.²

O mesmo Sérgio de Iudícibus, José Carlos Marion e Elias Pereira, *in* “Dicionário de Termos de Contabilidade”, Atlas – SP – 2ª Ed., conceituam que “*despesa, em sentido restrito, representa a utilização ou consumo de bens e serviços no processo de produzir receitas. O que caracteriza a despesa é o fato de ela tratar de expirações de fatores de serviços, direta ou indiretamente relacionados com a produção ou a venda do produto (serviço) da entidade*”.

² IUDÍCIBUS, Sergio de. Teoria da Contabilidade. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Na literatura internacional, segundo pensamento de Hendriksen e Breda, despesa é: *“o uso ou consumo de mercadorias ou serviços no processo de obter receitas. Elas são as expirações dos fatores de serviços relacionados diretamente ou indiretamente na produção e vendas de produtos das empresas”*.³

Em claras palavras, **as despesas são a contrapartida das receitas, participando da concepção de lucro.**

Confirmando esta concepção, Kam (1986) sustenta que *“despesas são reduções no valor dos ativos ou aumento no valor das exigibilidades, devido à utilização de bens e serviços das operações principais ou centrais da entidade”*.⁴

Em síntese, como dito, inexistem dúvidas de que a **despesa é a concretização do esforço, em termos monetários, para a geração da receita**, reduzindo o patrimônio da empresa, com a perspectiva, com uma promessa latente de geração futura ou imediata de receita que deve, por definição, suplantando as despesas e assim gerar a parcela do lucro.

Para os órgãos reguladores da ciência contábil, *“decréscimos nos benefícios econômicos durante o período contábil sob a forma de saída ou redução de ativos ou incrementos em passivos, que resultam em decréscimo do patrimônio líquido e que não sejam provenientes de distribuição de resultado ou de capital aos proprietários da entidade”* são **DESPESAS**, consoante definição do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (instituído pela Resolução CFC n.º 1.055/2005), através do “Pronunciamento Técnico CPC 00 – Estrutura Conceitual para a Elaboração e Apresentação das Demonstrações Contábeis”.

Esta definição pode ser ainda tomada levando-se em conta seu surgimento no curso das atividades ordinárias da entidade. Neste caso, ainda segundo o Pronunciamento Técnico acima referido, item 78, estas despesas seriam as que *“surgem no curso das atividades ordinárias da entidade incluem, por exemplo, o custo das vendas, salários e depreciação. Geralmente, tomam a forma de um desembolso ou redução de ativos como caixa e equivalentes de caixa, estoques e ativo imobilizado”*.

Já a Resolução nº 1.374, de 08/12/2011, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), em seu item 4.25, letra “b”, define: *“despesas são decréscimos nos benefícios econômicos durante o período contábil, sob a forma da saída de recursos ou da redução de ativos ou assunção de passivos, que resultam em decréscimo do patrimônio líquido, e que não estejam relacionados com distribuições aos detentores dos instrumentos patrimoniais”*.

De outra linha, a legislação comercial das sociedades por ações (Lei nº 6.404/1976, com alterações), aplicável às demais sociedades por força do Decreto-lei nº 1.598/1977, pontua:

³ HENDRIKSEN, Eldon S., BREDA, Michael F. Van. Teoria da Contabilidade. Tradução de Antônio Zoratto Sanvicente.- 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ KAM, Vernon. Accounting theory. New York, John Wiley & Sons, 1986

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 1º *As demonstrações financeiras do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.*

§ 2º *A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)*

§ 3º *As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)*

§ 4º *As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.*

§ 5º *As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários. [\(Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007\)](#)*

§ 6º *As companhias fechadas poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas. [\(Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007\)](#)*

A conjugação destes dispositivos e das normas reguladoras da ciência contábil leva à conclusão de que, nos registros permanentes feitos na escrituração e nos levantamentos das Demonstrações Financeiras e Balanço Patrimonial, o resultado de um determinado período

será sempre apurado levando-se em conta todos os fatos contábeis que afetam a azienda, observado o regime de competência.

Neste patamar, indiscutível que qualquer despesa, tomado o termo nas concepções antes focadas, compõe o resultado da entidade, de forma negativa, reduzindo o patrimônio.

Quanto a isso, inexistem dúvidas.

Todavia, indubitável também que tais dispêndios têm que estar suportados por documentos hábeis, idôneos e contemporâneos aos fatos, de forma a permitir que as despesas sejam alocadas em contrapartida à receita e componham o resultado final de uma sociedade, exigência que aparece não apenas na legislação fiscal⁵, mas do mesmo modo na regulação contábil imposta pelo Conselho Federal de Contabilidade mediante a **RESOLUÇÃO CFC N.º 1.330/2011** (DOU de 22.03.2011), assim redigida no que interessa:

Documentação contábil

26. Documentação contábil é aquela que comprova os fatos que originam lançamentos na escrituração da entidade e compreende todos os documentos, livros, papéis, registros e outras peças, de origem interna ou externa, que apóiam ou componham a escrituração.

27. A documentação contábil é hábil quando revestida das características intrínsecas ou extrínsecas essenciais, definidas na legislação, na técnica-contábil ou aceitas pelos “usos e costumes”.

28. Os documentos em papel podem ser digitalizados e armazenados em meio magnético, desde que assinados pelo responsável pela entidade e pelo profissional da contabilidade regularmente habilitado, devendo ser submetidos ao registro público competente.

No mesmo sentir, a jurisprudência:

⁵ Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977

Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

*ASSUNTO: ESCRITURAÇÃO. FORÇA PROBANTE. A escrituração contábil mantida com observância das disposições legais **somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados se forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.** (Acórdão CARF nº 1402-000.290 – 09/11/2010 – Relator Antonio José Praga de Souza)*

A controvérsia instala-se a partir do momento em que determinada despesa, que despesa é sob os ângulos contábil, patrimonial, comercial, econômico e societário, **extrapola os limites destas ciências e se põe ao alcance do raio de ação da legislação fiscal**, especialmente a do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

Neste momento, o que é incontroverso doutrinariamente passa a se submeter ao crivo de outra legislação, de outros conceitos, de outra estrutura.

Dizendo de modo diverso, se determinados estipêndios são “despesas” sob quaisquer dos enfoques antes vistos e afetam o resultado comercial da entidade, tais gastos, ainda que despesas sejam, PODEM NÃO SER DEDUTÍVEIS das bases imponíveis de IRPJ (e da CSLL, quando for o caso), simplesmente porque o legislador tributário assim o determinou.

É esse o exprimir de Edmar Oliveira de Andrade Filho (*in* Imposto de Renda das Empresas – 10ª Edição – Atlas – SP – 2013 – pg. 266/267) quando bem define que, “do ponto de vista contábil e fiscal, despesas é uma espécie de mutação patrimonial diminutiva”.

Que segue lecionando que a palavra despesa “é utilizada, de um modo geral, como sinônima de “gasto”, e, nesse sentido, representa o valor pago ou empenhado na aquisição de bens não vinculados ao processo de produção de mercadorias, produtos e serviços destinados à venda”.

Para fixar e ressaltar:

“Para fins tributários (...), as despesas são dedutíveis ou não, de acordo com critérios legais de caráter formal, material e temporal. Além da observância desses critérios, o que habilita um gasto a ser dedutível é a sua existência e certeza, que são fatores importantes para a correta aplicação do regime de competência”. (destacou-se).

Assim, se a pessoa jurídica suportar “decréscimos nos benefícios econômicos durante o período contábil sob a forma de saída ou redução de ativos ou incrementos em passivos, que resultam em decréscimo do patrimônio líquido e que não sejam provenientes de distribuição de resultado ou de capital aos proprietários da entidade” certamente estará diante do conceito de **DESPESAS** (consoante o Comitê de Pronunciamentos Contábeis), porém sua contraposição perante terceiros e principalmente aos órgãos estatais responsáveis pela aferição de sua regularidade formal e material deverá estar revestida de todos os requisitos implícita ou explicitamente alinhavados pela lei, doutrina, jurisprudência e normas reguladoras da ciência contábil.

Insatisfeitos tais parâmetros, especialmente na seara do IRPJ e da CSLL, a dedutibilidade pretendida pelo sujeito passivo fica comprometida.

São as definições da lei fiscal (RIR/1999, então vigente):

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

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

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

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

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

Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §1º).

Em suma, para que uma despesa seja DEDUTÍVEL é necessário que atenda aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade. Mais, que estejam suportadas por documentos hábeis e idôneos a lhes dar estrutura formal e haja comprovação do efetivo fornecimento/prestação de serviços,/pagamento do que foi avençado e adquirido.

DAS DESPESAS FINANCEIRAS GLOSADAS

Resumidamente, foram aportados à recorrente vultosos valores destinados às operações antes descritas de aquisição de bens ou de participações societárias.

Tais aportes foram feitos via “aumento de capital” ou empréstimos estão detalhados no TVF (fls. 1706), sem embargos de outros valores:

Portanto, **entre os dias 07 e 13 de novembro de 2014**, o sujeito passivo recebeu R\$ 755.911.426,00 (setecentos e cinquenta e cinco milhões, novecentos e onze mil, quatrocentos e vinte seis reais) a título de aumento de capital e R\$ 830.580.000,00 (oitocentos e trinta milhões, quinhentos e oitenta mil reais) como empréstimos para a aquisição da BR TOWERS.

Com esses valores (e outros), ocorreram as aquisições já aqui tratadas, sendo que a recorrente passou a pagar juros à injetora de recursos (American Tower Corp. ou qualquer de suas subsidiárias, sempre localizadas no exterior).

Naquilo que interessa neste momento, há que se perquirir se tais despesas são “usuais”, “normais” e “necessárias”.

A recorrente pugna pela aplicação do artigo 25, da Lei nº 12.249/2010, *verbis*:

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

Por seu turno, estes os demais dispositivos, com redação vigente à época dos fatos geradores:

Lei nº 9.430/1996:

Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato de mútuo, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa London Interbank Offered Rate - LIBOR, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pela prazo de 6 (seis) meses, acrescida de 3% (três por cento) anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros. [\(Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012\)](#)

Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.

Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

Lei nº 4.506/1964:

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de

fôrça maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

§ 7º Incluem-se, entre os pagamentos de que trata o § 5º, as despesas feitas, direta ou indiretamente, pelas emprêsas, com viagens para o exterior, equipando-se os gerentes a dirigentes de firma ou sociedade.

Vamos à leitura do artigo 25, da Lei nº 12.249/2010, invocado pela defesa:

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

Literalmente, “***os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis (...) quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964...***” (leia-se, artigo 299, do RIR/1999).

Em claro dizer, a aplicação das regras de subcapitalização **exige primeiro e obrigatoriamente** que AS DESPESAS SEJAM USUAIS, NORMAIS E NECESSÁRIAS.

Diga-se sem meias palavras, a dedutibilidade dos pagamentos de juros sobre empréstimos contraídos no exterior passa, em plano inicial, por saber se tais despesas atendem àquilo que dispõe a norma geral.

Em outras palavras, ainda que o artigo 25 da Lei nº 12.249/2010 possa ter conotação de norma especial (por isso se sobreporia à norma geral), no caso há, **trazido pela própria redação da referida norma**, submissão primária à norma geral, diga-se, **somente se** as despesas forem tidas como usuais, normais e necessárias irá se avançar para ver o regramento do mencionado dispositivo.

No sentido inverso, há que se verificar o atendimento aos ditames do artigo 299 do RIR/1999 (artigo 47, da Lei nº 4.506/1964). Comprovado tal atendimento, haverá submissão ao

normativo do artigo 25, da Lei nº 12.249/2010, NÃO SIGNIFICANDO que TODA a despesa possa ser dedutível, mas somente aquela que for parametrizada pelos contornos deste dispositivo.

Em outro dizer:

1 **Primeiro** há que se ver se as despesas atendem aos preceitos do artigo 299, do RIR/1999 – usualidade, necessidade e normalidade;

2 **Depois – e só depois**, vencido o primeiro estágio – ver a parametrização e os contornos – inclusive limitativos - impostos pelo artigo 25, da Lei nº 12.249/2010.

Resumindo, não comprovado o atendimento aos preceitos do artigo 299, do RIR/1999, nenhuma despesa será submetida ao crivo do artigo 25, da Lei nº 9.249/2010.

Inversamente, atendidos os mandamentos, nem toda despesa será dedutível, mas apenas a parte que ficar dentro do perímetro trazido pelo indigitado artigo.

Exemplificativamente:

1. Despesa de 100
2. Atendidos preliminarmente os requisitos do artigo 299, do RIR/1999, o valor será submetido ao crivo do artigo 25, da Lei nº 9.249/2010, podendo ser integral ou parcialmente aceito como despesa dedutível.
3. Não atendidos, nem se cogitará de submissão ao artigo 25, da Lei nº 12.249/2010, posto que o objetivo maior (normalidade, usualidade e necessidade) sequer foram superados.

Voltando ao caso concreto, não consigo visualizar que estas despesas, oriundas dos empréstimos contraídos pela recorrente com sua controladora, sejam necessárias e assim oponíveis ao Fisco, com a criação de gigantescos prejuízos, afetando as bases de cálculo dos tributos que têm como base o lucro.

Na verdade, a própria recorrente não questiona a exigência da Autoridade Fiscal de que as despesas com juros sejam necessárias – nos termos do art. 299 do RIR/99 -, mas joga a solução para o artigo 25, da Lei nº 12.249/2010.

Com isso, é incontroversa a aplicabilidade das regras previstas no art. 299 do RIR/99, no caso dos autos, para definir se as despesas incorridas pela contribuinte podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Tanto é assim que a contribuinte, em seu recurso voluntário, se esforça para demonstrar que as despesas com juros atendem ao requisito da necessidade, o que confirma a aplicabilidade do art. 299 do RIR/99.

Ainda segundo a contribuinte, a dívida representada pelos empréstimos concedidos à AMERICAN TOWER DO BRASIL LTDA. faria parte do planejamento do GRUPO AMERICAN TOWER (USA) de implementar uma modalidade de investimentos denominada “compra alavancada” (*leveraged buyout*), operação que consiste em transferir o endividamento contraído para a aquisição de um investimento para o próprio investimento adquirido, fazendo

com que se reúnam na mesma entidade (investimento adquirido) as receitas operacionais e as despesas contraídas para a aquisição do investimento.

Ou seja, adquire-se um patrimônio e sobre ele institui-se um ônus correspondente, em última análise, o bem garante a dívida.

Nesse ponto, como bem destaca a PGFN em suas contrarrazões – fls. 6530), “a modalidade de investimento – “Aquisição Alavancada” (Leveraged Buyout) – não é relevante para compreender a operação e, principalmente, o motivo da glosa da dedução das despesas com remuneração das debêntures. O que precisa ficar claro, é que **as despesas com juros foram alocadas na AMERICAN TOWER DO BRASIL, em virtude de uma escolha, uma liberalidade, do GRUPO AMERICAN TOWER”**.

De fato, como consta dos autos – incontroversamente - o GRUPO AMERICAN TOWER estrutura-se em torno do chamado **trust** (REIT), representado pela AMERICAN TOWER CORPORATION (USA), sendo este *trust* responsável por captar recursos e distribuí-los a subsidiárias para a aquisição de investimentos, evento que, como visto antes neste voto, culminou com a qualificação desta sociedade estrangeira como a “real adquirente” dos investimentos na SITESHARING NE S.A., na NEXTEL TORRES e na BR TOWERS.

Ora, a partir dessas premissas, o endividamento foi registrado na AMERICAN TOWER DO BRASIL, mas somente para **atender aos interesses do trust AMERICAN TOWER CORPORATION** e seus acionistas, ou seja, obter, via juros recebidos, verdadeira distribuição de dividendos ou lucros, enquanto a empresa brasileira se endivida e arca com reiterados prejuízos e impedem o nascimento de bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

Mais claramente, o pagamento de juros pela AMERICAN TOWER DO BRASIL decorre da vontade do GRUPO AMERICAN TOWER de realizar uma “compra alavancada”, evento que pode ter relevância sob o ângulo societário econômico ou financeiro, mas jamais como um fundamento para atestar a necessidade das despesas com juros.

Esses juros são absolutamente desnecessários, podendo a empresa no exterior, como fez parcialmente, aportar os recursos via aumento de capital, o que não levaria ao estonteante endividamento da recorrente e sangria no seu disponível.

A esse respeito, foram precisas as ponderações da DRJ, cujos excertos adoto subsidiariamente como razões de decidir (Ac. DRJ – fls. 6301/6302):

“Note-se que estamos a falar de glosa cuja essência é eminentemente fiscal e não contábil, uma vez que no seu Lalur o contribuinte deveria ter adicionado a parcela indedutível na apuração do lucro real. Em sentido estrito, na despesa desnecessária não se questiona a sua comprovação (despesa não comprovada) ou a sua efetividade (despesa inexistente). A glosa se justifica unicamente porque a natureza ou as circunstâncias da despesa não se coadunam com as atividades normais da pessoa jurídica, ainda que comprovada e efetivamente incorrida. Nessa categoria se incluem

aquelas despesas que se evidenciem decorrer de mera liberalidade da pessoa jurídica, por não necessárias à realização das suas operações.

Nenhuma parcela do principal foi quitada até o momento da ação fiscal, o que pode ser considerado forte indício de que tais valores não eram exigíveis, maculando a sua caracterização como empréstimo.

Cabe ressaltar que a autoridade fiscal não considerou formalmente irregulares as operações de empréstimo e não questionou expressamente os valores dos juros deduzidos pelo contribuinte – se eventualmente em desacordo com os juros pactuados com os credores, ou se incorreta a sua apropriação segundo o regime de competência ou, ainda, se não observados os limites previstos na legislação tributária (Lei nº 9.430/1996, IN RFB 1.312/2012, Lei nº 12.249/2010, IN RFB 1.154/2011) – nada constando nos autos nesse sentido. A auditoria fiscal não versou sobre estas matérias.

A par disso, não há como ignorar que as despesas financeiras em comento, conjuntamente com as despesas de amortização de ágio, tiveram impacto relevante não apenas no lucro real declarado pelo contribuinte, mas também repercutiram na mesma medida no seu lucro líquido contábil. Apenas para ilustrar a magnitude dos valores, discrimino no quadro abaixo a receita líquida, a despesa financeira glosada e o lucro líquido antes do IR7 apurados pela fiscalizada no período autuado.

Ano	Receita Líquida	Desp. Financeira	Lucro Líq. antes IR
2012	388.847.934,20	212.612.807,53	-204.196.357,33
2013	456.065.961,01	105.092.535,71	-202.409.992,50
2014	750.772.603,14	101.022.698,59	-6.288.898,94
2015	1.231.804.592,32	119.651.299,46	-217.612.080,76
Total	2.827.491.090,67	538.379.341,29	-630.507.329,53

A prática de compra alavancada (*leveraged buyout*), por si só, não pode ser considerada irregular ou mesmo incomum, como argumenta o impugnante. No entanto, no presente caso a sua utilização redundou em pesado encargo de juros a ser suportado pelo contribuinte, conforme se constata no demonstrativo acima. Considerando que o credor era sociedade do próprio grupo American Tower, causa estranheza a decisão de financiamento adotada pela fiscalizada ao captar os recursos por via de empréstimos se eles poderiam ser recebidos como capital próprio e, assim, evitar ou ao menos reduzir o prejuízo sofrido nos períodos de apuração acima discriminados.

Nem se diga que a pessoa jurídica não tinha previsibilidade alguma, no momento que contraiu os empréstimos, quanto aos resultados esperados nos exercícios subsequentes. Evidentemente, a previsão dos resultados futuros de uma empresa é sempre difícil e, não raro, os resultados efetivamente obtidos ao final do período

acabam por divergir daqueles inicialmente previstos. Mas é inegável que o ramo de negócios do contribuinte tem como característica um comportamento mais estável e previsível de custos e receitas, visto que sua atividade consiste em locação de “sites”. Neste ramo, os custos tendem a ser majoritariamente fixos e as receitas costumam ser periodicamente negociadas e fixadas em contratos de locação.

Também não se alegue que seria indiferente ou de menor repercussão a decisão de financiamento (capital próprio X capital de terceiros), quanto ao seu aspecto fiscal, com o argumento de que a opção pelo aporte de capital próprio daria azo à dedução de outra despesa, qual seja, a despesa de juros sobre o capital próprio (JCP). Este argumento não prospera, no caso *sub examine*, haja vista que os previsíveis prejuízos gerados pela despesa financeira (e pela amortização do ágio) e a sabida inexistência de lucros acumulados e reservas de lucros impossibilitariam a dedução dos JCP pela fiscalizada, nos termos da legislação de regência (Lei nº 9.249/1995).

A discussão inaugurada pelo autuante e rebatida pelo interessado, referente ao momento em que se apura a necessidade e a dedutibilidade da despesa, apresenta-se equivocada. Uma vez atestado que a operação de empréstimo e os respectivos juros são normais e usuais, a dedutibilidade ao longo do tempo dependerá da aplicação do princípio da competência exclusivamente para fins de determinação do valor da despesa incorrida, descabendo averiguar em cada novo período de apuração se a despesa deixou ou não de ser usual ou normal. O princípio da competência é preceito da ciência contábil e a dedutibilidade da despesa, como já anotado acima, decorre de norma tributária.

Ocorre que a análise, como um todo, da sequência de operações societárias que redundaram nas aquisições em comento e da repercussão econômica dos recursos captados para o seu financiamento, permite concluir que os indigitados empréstimos não podem ser considerados normais e usuais se considerarmos as decisões racionais disponíveis à pessoa jurídica. Ressalto, novamente, a existência de opções menos onerosas em virtude de o remetente dos recursos ser sociedade do mesmo grupo American Tower. **Logo, a despesa financeira relativa a estes empréstimos revela-se desnecessária uma vez que incorrida por mera liberalidade.**

É nesse contexto que se justifica a acusação fiscal de que a despesa é desnecessária por ser a real adquirente da participação societária a controladora situada no exterior. **Não há lógica econômica no negócio, tal como formalizado, em que a controladora decide comprar um investimento, remete os recursos à sua subsidiária brasileira para efetuar o pagamento do preço e, ato contínuo, passa a auferir vultosas receitas financeiras sobre esses recursos, enquanto a subsidiária amarga pesados prejuízos.**

E, no tocante às retenções de IRRF correspondentes aos Darfs de fls. 5801/5960, descabe a pleiteada compensação no lançamento fiscal. Eventuais débitos apurados pelo contribuinte devem ser compensados mediante a apresentação de declaração de compensação, nos moldes da legislação aplicável (art. 74 da Lei nº 9.430/1996 e demais normas infralegais).

Deste modo, por caracterizada a desnecessidade da despesa financeira, por tudo o que foi acima exposto, deve ser mantida a glosa fiscal efetuada com fulcro no art. 299 do RIR/99”.

O quadro elaborado pela decisão recorrida mostra o cenário, valendo sua reprodução:

Ano	Receita Líquida	Desp. Financeira	Lucro Líq. antes IR
2012	388.847.934,20	212.612.807,53	-204.196.357,33
2013	456.065.961,01	105.092.535,71	-202.409.992,50
2014	750.772.603,14	101.022.698,59	-6.288.898,94
2015	1.231.804.592,32	119.651.299,46	-217.612.080,76
Total	2.827.491.090,67	538.379.341,29	-630.507.329,53

Ou seja, **20% das receitas são destinadas ao pagamento dos juros** (estamos falando de percentual sobre as receitas, não sobre os lucros), tanto que neste caso o prejuízo é recorrente e vai se acumulando.

Ora, que “normalidade” ou “necessidade” é essa que sacrifica 20% da receita líquida da empresa?

Por fim, a grande beneficiária de toda esta engenhosa operação é a controladora nos Estados Unidos (e seus acionistas), que têm o retorno de seus investimentos no Brasil garantido na forma de pagamento de juros.

Isto é, sob a perspectiva do acionista controlador, trata-se de uma estrutura extremamente vantajosa, visto que garante um fluxo contínuo de recursos para o investidor, mesmo que sob o risco de comprometer a atividade operacional no Brasil, que pode ser sufocada pelas despesas financeiras.

Então, repetindo e na mesma linha do pensamento da decisão de 1º Piso, se considerarmos que o endividamento imposto à AMERICAN TOWER DO BRASIL poderia ter sido feito via aporte a título de aumento de capital – uma vez que os recursos foram obtidos dentro do mesmo grupo empresarial – fica ainda mais evidenciada a situação de favorecimento ao controlador residente no exterior, em detrimento da atividade operacional desenvolvida no Brasil, levando à absoluta confirmação de inexistir nestas operações e despesas qualquer usualidade, normalidade ou necessidade.

Igualmente repisando, ainda que a chamada “compra alavancada” não seja ilegal e se trate de um instrumento à disposição dos particulares, isso não significa que toda operação de “compra alavancada” seja inquestionável do ponto de vista da legislação fiscal do IRPJ/CSLL.

Exatamente nessa linha é que o Fisco constatou que o endividamento da AMERICAN TOWER DO BRASIL seguiu um modelo que era utilizado para favorecer o controlador AMERICAN TOWER CORPORATION, residente no exterior, estampando claramente a completa desnecessidade de tais despesas sob o ângulo da dedutibilidade das bases do IRPJ e da CSLL.

Por todos os motivos, o trabalho fiscal não merece ressalvas, devendo ser mantido integralmente, de modo que nego provimento ao recurso voluntário neste tomo.

DA MULTA QUALIFICADA

Sobre a multa qualificada, a recorrente alega ter inexistido sonegação, fraude ou conluio, que a dedutibilidade das despesas com juros possuíam respaldo no art. 24 da Lei nº 12.249, de 2010, e as amortizações com ágio nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Defende que poderia se falar em erro de proibição, jamais arguir simulação, fraude ou dolo.

Pois bem, por entender que a decisão *a quo* analisou corretamente a matéria, adoto como minhas e como se de minha lavra pessoal fossem, na forma do artigo 50, V, § 1º, da Lei nº 9.784/1999⁶ e artigo 114, § 12, I, do RICARF vigente (Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023)⁷, as razões de decidir externadas pela decisão recorrida no **Acórdão nº 16-88.055 – 8ª Turma da DRJ/SPO, sessão de 25 de junho de 2019**, relatoria do Presidente e Relator

⁶ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

⁷ Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida

daquela Turma, Julgador Hugo Hashimoto, abaixo reproduzida – (fls. 6303/6304 – destaques acrescidos).

“Nas aquisições da Sitesharing NE e da Nextel Torres, restou caracterizada a conduta ilícita do interessado ao formalizar a compra de participação societária quando na verdade o que se desejava adquirir eram os ativos (“sites”).

A intenção de ocultar o verdadeiro objeto de aquisição torna-se patente pela análise cronológica dos eventos. No início das tratativas com os vendedores, as empresas que foram ao final adquiridas e incorporadas detinham diminuto patrimônio. Mas antes da formalização da alienação, os ativos alvo (os “sites”) foram transferidos para o patrimônio dessas empresas para posterior incorporação ao patrimônio da fiscalizada. Fica evidenciado que não era objetivo do comprador adquirir tais sociedades, mas sim os ativos.

Esse procedimento, não pode ser admitido para fins tributários segundo o seu aspecto formal (aquisição de participação societária), eis que não corresponde ao verdadeiro negócio celebrado entre as partes (aquisição de ativos). **A visível artificialidade da operação, tal como realizada, afasta a pretensa caracterização de erro de proibição veiculada pelo impugnante.**

Além disso, nas três aquisições (Sitesharing NE, Nextel Torres e BR Towers), também se verifica a conduta ilícita ao se pretender ocultar o verdadeiro adquirente da participação societária e, assim, amortizar indevidamente o ágio. A intenção de ocultar não só se evidencia pela rápida passagem de recursos recebidos do exterior para pagamento aos vendedores, mas também pela sequência de operações financeiras que envolveram os empréstimos recebidos, procedimentos que dificultam a visualização do efetivo fluxo financeiro.

O contribuinte implementou diversas operações societárias para ocultar o real adquirente e a verdadeira natureza dos bens adquiridos (ativos), caracterizando a simulação apontada pela fiscalização.

Tais constatações, cujos aspectos pertinentes foram abordados neste voto e detalhadamente descritos no Termo de Verificação Fiscal, revelam conduta dolosa do contribuinte para reduzir o pagamento de tributo. Trata-se de conduta tipificada no art. 72, da Lei nº 4.506/1964:

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.*

Logo, por configurar hipótese de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é correta a aplicação da multa qualificada de 150%, nos estritos termos do art. 44, inc. I, c/c § 1º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, descabendo falar-se em redução desse percentual segundo o princípio da proporcionalidade, mencionado pelo impugnante”.

Mantenho, pois a qualificação da multa.

Entretanto, mesmo encaminhando meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário em relação à matéria infracional e de mérito, inclusive com a manutenção da qualificação da multa de ofício, por força da atual redação do artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, trazida pelo artigo 8º, da Lei nº 14.689, de 2023 e em obediência à retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, “c”, do CTN⁸, **seu percentual deve ser reduzido de 150% para 100%.**

DA DECADÊNCIA

Em face deste posicionamento assumido, não há que se falar em decadência, posto que a contagem do prazo flui a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ser efetivado (artigo, 173, I, do CTN).

Referindo-se os fatos geradores mais antigos ao ano-calendário de 2012 (regime do Lucro Real Anual), o início da fluência do prazo decadencial deu-se em 01/01/2014, findando-se em 31/12/2018.

Ora, cientificada a recorrente dos lançamentos em 10/12/2018 (fls. 4015), não se estampou a decadência arguída.

DA IMPOSIÇÃO DE MULTA ISOLADA

Igualmente questiona a recorrente em seu recurso voluntário a imposição da multa isolada por insuficiência no recolhimento das estimativas mensais de IRPJ, meses abaixo listados (os valores de MI sobre CSLL são diferentes, mas o suporte jurídico é o mesmo):

⁸Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

MULTA OU JUROS ISOLADOS**INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA**

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função de balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
31/12/2012	15.366.752,27
31/01/2013	60.669,73
30/04/2013	1.321.249,91
31/05/2013	33.111,66
30/06/2013	128.121,53
30/09/2013	1.586.111,29
31/10/2013	9.794.095,74
28/02/2014	13.771,25
31/01/2015	1.636.218,97
28/02/2015	1.958.147,35
31/03/2015	1.827.034,87
30/04/2015	2.487.117,74
31/05/2015	3.014.374,18
30/06/2015	3.775.105,80
31/07/2015	3.307.372,07
31/08/2015	2.566.265,83
30/09/2015	2.860.393,39
31/10/2015	3.275.625,80

Novamente seu inconformismo não resiste à melhor interpretação sobre o tema.

Efetivamente, a respeito de uma possível concomitância dos lançamentos de multas isoladas com a multa de ofício presente nos autos de infração, de minha parte sempre profilei com os que entendem estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, ou seja, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada.

Se, além disso, tiver ocorrido falta de recolhimento do imposto devido com base no lucro real anual, o lançamento abrangerá também o valor do imposto, acompanhado de multa de ofício e juros, pois a determinação legal de imposição de tal penalidade, quando aplicada isoladamente, prescinde da apuração de lucro ou prejuízo no final do período anual, inexistindo, portanto, a cumulação de penalidades para uma mesma conduta, como arguem os contribuintes.

Em síntese, não tendo as referidas multas a mesma hipótese de incidência, nada há a barrar a imposição concomitante da multa isolada com a multa de ofício devida pela apuração e recolhimento a menor do imposto e contribuição devidos na apuração anual.

Posição plenamente avalizada a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela MP nº MP 351, de 22/01/2007; convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção:

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

(...)

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, **sobre o valor do pagamento mensal**:*

(...)

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

Registre-se, essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa; **simplesmente torna mais clara a intenção do legislador.**

Por pertinentes, faço minha as palavras do ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES deste CARF que, de forma precisa, analisou o tema no Acórdão nº 103-23.370, Sessão de 24/01/2008:

“Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte”.

Aduza-se ainda, mesmo abstraindo questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, que a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, **não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo, de modo que, sob esta ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou norma abstrata plenamente vigente no mundo jurídico a caso concreto que se estampou.**

Pela absoluta correção de pensamento, vale reproduzir excerto do voto condutor exarado pela I. ex-Conselheira e ex-Presidente da CSRF, Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-003.353 - Sessão de 17 de janeiro de 2018 acerca da matéria:

“Em verdade, a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica,

obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução.

(...)

Vê-se, então, que a pessoa jurídica, obrigada a apurar seus resultados de acordo com as regras do lucro real trimestral, tem a opção de fazê-lo com a periodicidade anual, desde que, efetue pagamentos mensais a título de estimativa. Essa é a regra do sistema.

No presente caso, a pessoa jurídica fez a opção por apurar o lucro real anualmente, sujeitando-se, assim, e de forma obrigatória, aos recolhimentos mensais a título de estimativas.

(...)

A vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resultam falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Assim, a exigência de multa isolada pela falta ou insuficiência de recolhimentos estimados visa punir a conduta do contribuinte que abandona a regra geral de tributação, que é o lucro real trimestral, sem cumprir o requisito para o ingresso na sistemática das estimativas mensais antecipatórias de instrumental, e pode ser exigida, sim, mesmo que encerrado o ano-calendário, porque pune-se a conduta de não recolhimento de uma obrigação tributária”.

Entendimento que perfila com jurisprudência dominante no CARF, inclusive na Câmara Superior:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO. A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma

"serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101- 002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).

ESTIMATIVAS MENSAS. FALTA DE PAGAMENTO A obrigação de antecipar os recolhimentos é imposta ao sujeito passivo que opta pela apuração anual do lucro, e subsiste enquanto esta opção não for, por outros motivos, afastada. A apuração dos tributos incidentes sobre o lucro tributável ao final do ano-calendário e seu eventual recolhimento a partir do vencimento fixado para os tributos devidos no ajuste anual não anulam o descumprimento daquela obrigação. Nos casos de falta de recolhimento, falta de declaração em DCTF e não comprovação de compensação de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, incide a multa isolada. (Acórdão nº 9101-002.433 - Sessão de 20 de setembro de 2016).

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

No caso em apreço, aplica-se a Súmula CARF nº 105 apenas para períodos anteriores à publicação da Medida Provisória nº 351, de 2007.

(Ac. 9101-003.307 - 1ª Turma - Sessão de 17/01/2018 - Relatora – Adriana Gomes Rêgo):

Dentro dessa linha de pensamento, não há reparos a fazer ao trabalho fiscal.

Por fim, nem se queira invocar os dizeres da Súmula CARF nº 105, posto que ali se cuida de fatos anteriores a 2005, o que não é o caso dos autos.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sobre os lançamentos reflexos, a medida está definida no artigo 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF):

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Certo, pois, que os autos devem ser lavrados de forma concomitante – artigo 9º, § 1º, do PAF e artigo 142 do CTN - e que o julgamento do principal, no caso o IRPJ, refletirá nos demais, observadas as peculiaridades de cada tributo.

Sendo os lançamentos reflexos mera decorrência do principal e havendo sido estes julgados procedentes em parte, igual sorte devem colher as demais exigências presentes nos autos.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Há também questionamento da interessada sobre este tema.

E, do mesmo modo, razão não lhe cabe, principalmente porque, sem necessidade de maiores digressões, trata-se de matéria sumulada, de observância obrigatória pelos Conselheiros:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por, **i)** afastar as preliminares suscitadas; **ii)** no mérito, **ii.i)** negar provimento ao recurso voluntário, mantendo integralmente os lançamentos de IRPJ, CSLL e Multa Isolada; **ii.ii)**, manter qualificação da multa de ofício aplicada, reduzindo seu percentual a 100% por força da atual redação do artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, trazida pelo artigo 8º, da Lei nº 14.689, de 2023 e em obediência à retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, “c”, do CTN; e, **iii)**, manter a incidência dos juros sobre a multa de ofício, nos termos da Súmula CARF nº 108.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Relator

VOTO VENCEDOR**Conselheiro Rafael Zedral**

Em que pesem as razões do voto proferido pelo i. Relator, peço vênias para divergir do seu entendimento em relação aos seguintes temas.

Amortização dos ágios referentes às operações realizadas com o Grupo BR Towers

No presente caso, relativo à aquisição da participação na BR Towers pelo grupo American Towers Brasil, a autoridade fiscal tomou uma conclusão diferente daquela relativa à análise das aquisições de outras empresas, como a Sitesharing e a NEXTEL. O Fisco entendeu que essas últimas operações configuravam simples aquisições de ativos, sem constituição de ágio por expectativa de rendimento futuro, o que, no entendimento do relator, inviabilizava a amortização do ágio. Concordo com esse entendimento em relação às aquisições da Sitesharing e da NEXTEL, mas acredito que a situação envolvendo a BR Towers merece uma análise diferenciada.

A autoridade fiscal argumenta que o ágio referente à aquisição da BR Towers não seria dedutível, com base na premissa de que a American Towers Brasil não seria a verdadeira adquirente da participação societária, uma vez que as decisões e os recursos financeiros para a operação provinham do exterior. Esse argumento está alinhado a tese de que o ágio é originado no exterior, a verdadeira adquirente da participação é a entidade estrangeira, enquanto a pessoa jurídica brasileira atuaria apenas como uma “empresa veículo” na operação.

Entretanto, essa tese não leva em consideração que sendo a recorrente uma filial de uma multinacional, as suas operações e decisões estão, por sua natureza, sujeitas às limitações impostas pela estrutura organizacional do grupo. É comum que empresas multinacionais deleguem decisões estratégicas importantes, especialmente aquelas relacionadas a investimentos de grande porte, à sua sede no exterior ou a instâncias superiores dentro do grupo. Isso não significa, porém, que as filiais, como a American Towers Brasil, sejam meras “empresas veículo”, desprovidas de autonomia para realizar negócios e cumprir seus objetivos no mercado local.

O argumento de que a American Towers Brasil não seria a verdadeira adquirente da participação na BR Towers, devido à origem externa dos recursos e das decisões, ignora a realidade de que a empresa brasileira detém a plena propriedade dos bens adquiridos, sem quaisquer restrições ao seu exercício. A recorrente, como filial de uma multinacional, deve operar dentro da estratégia global do grupo, mas isso não a desqualifica como adquirente legítima dos ativos ou da participação societária.

Além disso, é importante lembrar que as aquisições realizadas pela recorrente não é diferente de outras práticas comuns no mercado global, onde o financiamento externo, muitas

vezes proveniente de empresas vinculadas ou controladoras, é uma forma usual de alavancar investimentos. A decisão de adquirir a BR Towers foi tomada dentro da estrutura corporativa do grupo, mas a empresa brasileira é a efetiva proprietária dos ativos adquiridos e tem plena capacidade de administrar e tomar decisões sobre esses ativos no Brasil.

Em julgamento recente, ainda que posterior ao presente julgamento, analisando o caso da OUTBACK STEAKHOUSE RESTAURANTES BRASIL S.A. ([link](#)) a nossa turma entendeu por unanimidade que a origem internacional do capital originário do investimento não descaracteriza o propósito negocial da filial brasileira:

PROCESSO 11274.720887/2021-95

“PROPÓSITO NEGOCIAL. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. EMPRESA UTILIZADA COMO SUPORTE PARA ALAVANCAGEM DE AQUISIÇÃO. PRESENÇA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. CAPITAL ORIGINÁRIO DE EMPRESA INTERNACIONAL NÃO DESCARACTERIZA O PROPÓSITO NEGOCIAL.

A utilização de sociedade com propósito negocial no Brasil receptora de capital estrangeira de sua matriz, pode constituir prova da não artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levadas a termo nesses moldes devem ser qualificadas para fins tributários.

Acórdão: 1402-007.128. Relator Ricardo Piza Di Giovanni.

Sessão de 9 de outubro de 2024

Da Legitimidade das Despesas Financeiras

Em relação às despesas financeiras relacionadas aos juros sobre os mútuos contraídos com partes relacionadas, entendo que estas devem ser integralmente deduzidas.

Os recursos provenientes desses mútuos foram utilizados de forma legítima para viabilizar as operações da American Towers Brasil no mercado brasileiro, incluindo a aquisição de ativos como as torres de transmissão da NEXTEL, SITESHARING e a participação acionária na BR Towers.

A argumentação de que os ativos adquiridos pela American Towers Brasil, como as torres de transmissão e a participação acionária na BR Towers, pertencem à holding americana e não à subsidiária brasileira, carece de base factual e jurídica. A American Towers Brasil, como empresa registrada no Brasil é a titular plena desses ativos. A legislação brasileira reconhece que as filiais de empresas multinacionais, como a recorrente, possuem plenos direitos sobre os bens adquiridos e que estas devem ser tratadas como contribuintes autônomos para fins tributários.

A holding americana, embora forneça o financiamento necessário para as aquisições, não pode ser considerada a proprietária dos ativos adquiridos no Brasil.

O fato de a recorrente utilizar recursos financeiros provenientes da matriz ou de outras partes relacionadas para realizar as aquisições não altera sua posição de adquirente dos bens e não impede que a subsidiária brasileira tenha o direito de deduzir as despesas financeiras decorrentes desses mútuos.

É prática comum em empresas multinacionais a utilização de recursos internos, ou seja, de partes relacionadas, para financiar operações de expansão e aquisição de ativos em mercados locais.

Da qualificação da multa de ofício.

Inicialmente, ao analisar as operações realizadas pela recorrente, entendo que não há elementos suficientes que caracterizem fraude ou simulação, razão pela qual entendo ser inaplicável a multa de ofício qualificada. A multa qualificada exige a presença de dolo, fraude ou simulação, condutas que não vislumbro no presente caso.

Em relação às aquisições realizadas pela recorrente, como a compra da BR Towers e a dedução do ágio e das despesas financeiras, é importante destacar que a recorrente baseou suas operações em uma interpretação legítima e razoável da legislação tributária vigente. A dedução do ágio relativo à BR Towers, por exemplo, decorreu da aplicação de um entendimento jurídico que, embora não seja o mesmo defendido pelo Fisco, não pode ser considerado, por si só, como indicativo de fraude ou simulação. A recorrente agiu dentro do seu direito de interpretação da norma tributária.

Mesmo no caso das deduções do ágio relativas à NEXTEL e à SITESHARING, glosas das quais concordo plenamente, não observo, ainda assim, indícios de condutas fraudulentas ou simuladoras. Trata-se, no máximo, de um desacerto interpretativo, o que por si só não justifica a aplicação da multa qualificada.

A recorrente apresentou justificativas plausíveis para as suas operações, baseadas em entendimentos jurídicos que são, inclusive, acolhidos por parte dos conselheiros deste CARF, o que reforça a ausência de dolo ou má-fé.

No presente caso, considerando que a maioria deste colegiado afastou a presença de fraude ou simulação, e diante da exclusão da multa qualificada, há que se reconhecer a decadência sobre os lançamentos relativos ao ano-calendário de 2012, uma vez que já transcorrido o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário, nos termos do artigo 150, §4 do CTN⁹.

⁹ Art. 150.

Ante o exposto, oriento meu voto, e exclusivamente no que dirirjo do senhor relator, no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para:

- i)** Cancelar a glosa da dedução do ágio na aquisição da BR TOWERS;
- ii)** Cancelar a glosa da dedução de despesas financeiras;
- iii)** Afastar a qualificação da multa de ofício;
- iv)** Declarar decaídos os lançamentos referentes ao período de apuração do ano-calendário 2012, tendo em vista o afastamento da multa qualificada, cancelando os lançamentos deste período.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Zedral – Conselheiro redator.

[...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será êle de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado êsse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.