



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16561.720177/2012-52
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-001.980 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2016
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrentes Numeral 80 Participações S/A e Fazenda Nacional
Numeral 80 Participações S/A e Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

DECADÊNCIA. AFASTADA

A decadência, como perda do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário, tem sempre como baliza, seja diretamente (art. 150, § 4º, do CTN) ou indiretamente (art. 173, I, do CTN), o fato gerador do tributo. Pelo art. 150, § 4º, do CTN, o *dies a quo* do prazo decadencial é a própria data do fato gerador do tributo, já, na regra do art. 173, I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o Fisco poderia lançar, o que exige também que primeiro se identifique a data do fato gerador do tributo, para depois concluir quando o Fisco poderia ter efetuado o lançamento.

A despesa com amortização do ágio é apenas um elemento que entra no cálculo da base tributável, sendo que todos os elementos que compõem tal base tributável são auditáveis pelo Fisco, logicamente, dentro do prazo decadencial fixado no CTN.

SIMULAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. NEGÓCIO INDIRETO.

Não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.

O fundamento central da autuação demonstrou-se frágil para justificar a desconsideração dos atos praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado tributário fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos.

ABUSO DE DIREITO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, CTN. INAPLICÁVEL

O parágrafo único do art. 116 do CTN é uma norma de eficácia limitada, pois só adquirirá plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.

Se a Lei Complementar 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não há como tal condição ser dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: em rejeitar a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Marcelo Calheiros Soriano. Os Conselheiros Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado votaram pelas conclusões. Acordaram ainda, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Marcelo Calheiros Soriano, Rogério Aparecido Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Talita Pimenta Félix e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Versa o presente processo sobre recursos de ofício e voluntário, interpostos em face do Acórdão nº 1648.143 da 1ª Turma da DRJ/SP1, o qual foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011
CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO.
RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR.

O processo de reorganização societária, mormente o promovido por cisões e incorporações dentro do mesmo grupo econômico, não elide a

responsabilidade tributária da sucessora em relação ao crédito tributário (principal e multa) decorrente de infração tributária cometida por empresa sucedida.

NEGÓCIO JURÍDICO. FORMALIDADE. ABUSO DE DIREITO. INOPONIBILIDADE. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Negócio jurídico realizado sob a ótica de legislação específica, de modo literal, com a inobservância, contudo, do ordenamento jurídico, é abusivo e inoponível ao Fisco, sujeitando o infrator a multa de ofício de 75% dos tributos devidos, quando não caracterizada, nos autos, conduta qualificada por fraude a autorizar a duplicação da pena base.

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PAGAMENTO. TERMO INICIAL. CONTAGEM.

A contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese de inexistência de pagamento antecipado, ainda que ausentes dolo, fraude ou simulação, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EMPRESAS VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. ECONOMIA TRIBUTÁRIA. OPOSIÇÃO AO FISCO. IMPOSSIBILIDADE. DESPESA DE AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO. GLOSA.

É desprovida de propósito comercial aquisição de participação societária por pessoa jurídica constituída com finalidade precípua de economizar tributos, operando como veículo para que o ágio pago por investimento seja nele próprio alocado, cabendo glosar a dedução fiscal de sua amortização.

FATOS PASSADOS. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESCRITURAÇÃO. DOCUMENTOS. GUARDA. PRAZO.

O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. FATOS IMPONÍVEIS DISTINTOS.

É cabível aplicação de multa isolada decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais de imposto concomitantemente com multa proporcional incidente sobre aquele devido e não pago ao final do

período de apuração anual, haja vista cuidarem de reprimendas a comportamentos distintos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano- calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, naquilo que for cabível, uma vez que ambos os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vale a transcrição do seguinte parágrafo do relatório da decisão recorrida que resume bem a autuação em tela, *in verbis*:

“1. Trata-se, aqui, de exigências tributárias que têm como fundo comum a **glosa de despesa de amortização de ágio**. Tal glosa levou à **formulação das imposições seguintes**: (a) **diretamente, de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas aos anos-calendário de 2007 a 2011, gravadas com multa de ofício vinculada ao patamar de 150%**; (b) **indiretamente, de exigências ainda de IRPJ e de CSLL, agora gravadas com multa de ofício vinculada ao estrato de 75%, mas isso à conta de excesso de uso de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL (implementada a mencionada glosa, que se opera retroativa ao ano-calendário de 2006, tais bases foram recalculadas e disso haveria se constatado insuficiência de recolhimento das rubricas mencionadas), tudo com pertinência aos anos-calendário de 2008 (IRPJ), 2009 (IRPJ/CSLL) e 2010 (IRPJ/CSLL)**; (c) **também indiretamente, de multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativas, agora sobre os meses de 11/2007 a 11/2008, 01/2009 a 05/2009, 07/2009 a 05/2011 (o cálculo de ditas estimativas, a partir de balanços ou balancetes de suspensão ou redução, teria sido influenciado pela amortização da despesa de ágio em referência)**. O importe autuado foi de R\$ 334.495.287,75, então computados juros de mora até dezembro/2012. Acompanham os autos “TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA” em nome de Santos Brasil Participações S.A. (por tudo dito, vide fls. 02, 2.242/2.307, 2.437/2.438). Nota-se, ainda, a confecção de Representação Fiscal para Fins Penais processadas nos autos sob nº 16561.720178/201205.”

Em razão do recurso de ofício interposto, vale a transcrição do seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido:

“Entretanto, discordo sobre a qualificação da multa de ofício.

O autuante aplicou a multa de ofício com fundamento no artigo 44, inciso I, § 1º da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007, resultante da conversão da Medida Provisória nº 351/2007:

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

(...)

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

(...)

Por oportuno, convém transcrever os aludidos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964:

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

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

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;”

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

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

A glosa da dedução tributária das despesas com a amortização do ágio foi motivada pela constatação da ausência dos requisitos legais para a fruição desse favor fiscal, restando configurado, assim, o ilícito tributário.

Já a caracterização da circunstância qualificadora do ilícito tributário, a merecer a exasperação da multa básica de ofício de 75% para 150%, passa pela demonstração da seguinte conduta dolosa: a de que a fiscalizada tinha conhecimento de que o ágio formado e registrado em sua escrituração contábil era ilegítimo. Caso evidenciada essa situação, por consequência, restará demonstrado que a contribuinte reduziu, fraudulentamente, a base de cálculo dos tributos. Ao contrário, isto é, se não restar demonstrado que a fiscalizada tinha consciência de que o ágio era ilegítimo, por força do art. 136 da Lei nº 5.172/1966, remanescerá sua responsabilidade objetiva pela infração, sendo devidos os tributos, juros de mora e a multa de ofício, mas sem o agravamento decorrente da conduta dolosa.

A autoridade fiscal entendeu que a contribuinte tinha consciência da falta de propósito comercial ou societário na incorporação das empresas veículos e que, desta forma, teriam realizado uma reorganização societária, o que demonstraria o dolo de sua conduta a justificar o agravamento da multa de ofício.

Não há dúvidas que Vitex, Bilimbi, Howland, Hermosa e Strelícia foram constituídas com a finalidade primordial de funcionarem como veículos para que o ágio pago pelas participações societárias adquiridas fosse alocado na própria pessoa jurídica que deu origem a esse valor, pois sendo a SantosBrasil a empresa operacional, geradora de receitas, seria ela quem melhor tiraria proveito da possibilidade da amortização fiscal do ágio.

Por outro lado, entendo que a estrutura jurídica criada pelos grupos Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW237, formada pelos veículos Vitex, Bilimbi, Howland, Hermosa e Strelícia, não foi produto de simulação, mas uma tentativa malsucedida de se realizar um planejamento tributário, fundado em uma visão estrita do conceito formal de legalidade.

O direito de se autoorganizar e de usar todas as formas legais para buscar a menor tributação possível são argumentos candentes dos defensores da liberdade irrestrita dos contribuintes em planejar sua vida fiscal.

Todavia, a discussão da licitude da elisão fiscal deve ser balizada pelos demais valores que permeiam o ordenamento jurídico. Neste sentido, tal como o autuante, valhome das lições do professor Marco Aurélio Greco, in *Planejamento Tributário*, 3ª edição, 2011, Dialética, p. 202:

(...)

O professor Greco traz à baila a figura do abuso do direito e sua inoponibilidade em face de terceiros, dentre os quais o Fisco, conforme considerações de página 203 da mencionada obra:

(...)

Verifica-se que no item 179 do relatório fiscal, o autuante destaca que o abuso de direito, em matéria tributária, depois de 2002, passou a ser tratado não mais como elisão, mas como evasão, escoimado no seguinte trecho da obra do professor Greco (p. 207):

(...)

O autuante pode ter entendido que o professor Greco teria mencionado o termo evasão no sentido comumente utilizado pela doutrina em geral, que o associa a uma conduta fraudulenta, o que poderia levar a uma precipitada conclusão de que o catedrático estaria a reconhecer que o ato abusivo, depois da nova codificação civil, seria classificado dentre alguma das três figuras dolosas previstas na Lei nº 4.502/1964.

Entretanto, o termo evasão foi mencionado num parágrafo que fecha uma análise em que o professor comenta sobre as dúvidas reinantes na doutrina, antes de 2002, acerca do abuso de direito, sobretudo se ele deveria ser tratado ou não como ato ilícito, uma vez que o anterior Código Civil de 1916 era silente. Assim, em seara tributária, havia dúvidas se o Fisco poderia recusar efeitos de determinado negócio jurídico com base na teoria do abuso de direito, dado que a lei civil, até então, não o tomava como um ato ilícito, controvérsia explicitada pelo eminente professor no parágrafo imediatamente anterior àquele em que fez referência ao vocábulo evasão.

Nesse contexto, ao contrapor elisão (lícito) com evasão (ilícito), depreende-se que o catedrático quis ressaltar que, a partir da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), o abuso de direito passou a ser classificado explicitamente como ato ilícito, daí o motivo pelo qual foi empregado o vocábulo evasão, não se verificando, no raciocínio deduzido, uma equiparação do abuso a ato fraudulento ou doloso.

Esse entedimento é confirmado pela leitura dos capítulos e itens da mencionada obra dedicados especificamente à multa de ofício, que serão analisados adiante, em que o ilustre autor, em momento algum, confere ao abuso de direito o predicado de elemento qualificador do ilícito tributário.

Feito este esclarecimento, e dando continuidade à análise do mérito da multa qualificada, pode-se inferir que a liberdade de se autoorganizar encontra limites nos demais princípios que informam nossa matriz constitucional, em especial o da capacidade contributiva, da isonomia fiscal e da função social do contrato, valendo dizer que o negócio jurídico entabulado ou o planejamento tributário efetuado devem encontrar fundamentação que não se restrinja à pretensão de fugir da tributação.

Caso Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW237 tivessem realizado diretamente a aquisição das participações societárias e depois tivessem sido incorporadas pela SantosBrasil, as condições legais para a dedução fiscal do ágio estariam, em tese, presentes.

Todavia, se isso ocorresse, essas empresas perderiam sua personalidade jurídica, o que não era de interesse de seus sócios. Assim, para conciliar o interesse em preservar intactas suas estruturas sociais, mas também de aproveitar o benefício fiscal decorrente do aproveitamento da amortização do ágio gerado na aquisição das participações societárias da SantosBrasil, foram criadas as empresas veículos, controladas pelos reais adquirentes Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW237.

A pretensão dos efetivos adquirentes em manter incólumes suas estruturas sociais não é motivo negocial, sob o ponto de vista tributário, para se criar empresas veículos, dado que o gozo do benefício fiscal criado pela Lei nº 9.532/1997 pressupõe, justamente, a ocorrência de prévios rearranjo societário e consolidação patrimonial entre as empresas investida e investidora.

Portanto, a alienação das ações da fiscalizada para as veículos foi desprovida de propósito negocial, a não ser o de propiciar uma economia tributária que favoreceu os grupos controladores da fiscalizada, o que não é tolerado no mundo jurídico. O insigne mestre Hermes Marcelo Huck, in *Evasão e Elisão, Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, 1997, Editora Saraiva, p. 44, também externou esse entendimento:

“Não parece ser razão suficiente para se atribuir licitude a uma prática jurídica, quando o agente organiza seus negócios, com o objetivo único de economizar impostos, fundado exclusivamente numa redação dúbia ou imprecisa da norma tributária.”

Assim, não basta que determinado planejamento tributário tenha sido realizado a partir de estruturas previstas em lei para que se conclua, automaticamente, por sua legitimidade perante o ordenamento jurídico.

É preciso verificar a conduta do contribuinte à luz dos demais princípios que informam o ordenamento jurídico, dentre eles, o da isonomia, a função social dos contratos e o da capacidade contributiva. Nesta perspectiva, embora as empresas veículos tenham sido constituídas e registradas de acordo com os instrumentos legais vigentes, os efeitos tributários decorrentes das operações realizadas por elas não são oponíveis ao Fisco, pois colidem com os demais princípios informativos do ordenamento.

Por sua vez, a estrutura societária da fiscalizada e das empresas envolvidas na aquisição de suas ações foi obtida pela autoridade fiscal a partir dos documentos apresentados pela contribuinte e que estavam

disponíveis em órgãos públicos. Não há notícia de que a contribuinte tenha dificultado o acesso da autoridade fiscal aos documentos ou de que a estrutura societária teria sido desvendada a partir de documentos que se encontravam ocultados e que, depois de descobertos pela fiscalização, revelaram a real substância do negócio.

Também não foram colocadas em dúvidas a ocorrência do efetivo pagamento do ágio ou sobre a lisura do laudo que fundamenta seu valor com base na rentabilidade futura da companhia investida, eventuais deficiências que, se constatadas, poderiam indicar intuito doloso nas condutas das partes envolvidas.

Não há, ainda, indícios de que as participantes da operação tenham se valido de artifícios para dissimulá-la ou simular uma situação inverídica, tal como sucederia, por exemplo, se os reais adquirentes estivessem ocultos sob interpostas pessoas constantes em instrumentos contratuais evitados de falsidade ideológica, revelados no curso da ação fiscal.

Portanto, as condutas em análise foram realizadas às claras, indicando que os grupos empresariais envolvidos agiram convictos, embora equivocadamente, de que bastaria contar com estruturas sociais organizadas formalmente para adquirir as participações societárias, registrar o ágio e transferi-lo para a investida, para que pudessem se aproveitar da dedução fiscal prevista na Lei nº 9.532/1997.

A evidenciação da consciência da ilicitude, isto é, a demonstração da intenção de fraudar, é essencial para qualificar a conduta infracional e, desta forma, justificar o aumento da pena básica de 75% ao destacado gravame de 150% dos tributos devidos, por se tratar de uma reprimenda severa, aplicável a situações extremas e, portanto, excepcionais. Neste sentido, retomo, mais uma vez, as lições do professor Greco para destacar as seguintes considerações sobre a multa agravada (pp. 260 e 263):

(...)

Entendo que o planejamento tributário foi idealizado a partir de uma visão estritamente formal do Direito que não é compatível com as diretrizes materiais que permeiam o ordenamento jurídico, motivo pelo qual seus efeitos são inoponíveis ao Fisco.

Ressalve-se que, se esta visão formalista não socorre os participantes da reorganização societária da imputação do ilícito tributário, eis que, nos termos do artigo 136 do CTN, a intenção do agente é irrelevante na determinação da responsabilidade pelo cometimento da infração, por outro lado, identificar essa condição subjetiva é elementar para o reconhecimento da qualificadora.

E, do que consta dos autos, entendo não estarem presentes elementos suficientes para formar um juízo seguro de que as pessoas envolvidas tinham consciência de que estavam praticando atos fraudulentos com o objetivo de se locupletarem com o Erário.

Apesar de afastada a qualificadora, mantém-se a contagem do prazo decadencial pela regra do artigo 173, inciso I da Lei nº 5.172/1966, uma vez que a contribuinte apurou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no anocalendarário 2006. Por conseguinte, ao final do período de apuração, não se verificaram IRPJ e CSLL devidos e, assim, sem a ocorrência da antecipação de tais pagamentos, afastase a regra prevista no § 4º do artigo 150 do CTN.

Desta forma, entendo não restar caracterizada a circunstância qualificadora da conduta infracional a justificar a exacerbação da multa de ofício, motivo pelo qual voto por julgar a impugnação PARCIALMENTE PROCEDENTE, para reduzir a multa de ofício incidente sobre os tributos devidos decorrentes das glosas da dedução da amortização do ágio a 75%, conforme demonstrado a seguir: (...).”

As recorrentes, cientificadas do Acórdão nº 1648.143 em 17/10/2015 (ARs a fls. 3455/3456), interpuseram, em 14/11/2013 (carimbo afixado a fls. 3457 e segs.), recurso voluntário (doc. a fls. 3457 e segs.).

Pautados na Sessão de Julgamento do dia 25/03/2015, houve pedido de vista do Conselheiro Waldir Rocha, sendo que naquela oportunidade estes autos foram assim relatados pelo Conselheiro Márcio Frizzo:

“Na origem, em síntese, foi lavrado auto de infração em razão da glosa da supostamente indevida amortização de ágio no período de 2006 a 2011 pela recorrente, fato que motivou a constituição do IRPJ (R\$ 246.548.606,96), CSLL (R\$ 87.946.680,79) (fl. 2242/2308).

Por bem descrever o ocorrido, peço vênia para valer-me do relatório do acórdão da DRJ, a seguir parcialmente transcrito (fls. 3.406/3.412):

1. Trata-se, aqui, de exigências tributárias que têm como fundo comum a glosa de despesa de amortização de ágio. Tal glosa levou à formulação das imposições seguintes: (a) diretamente, de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas aos anos-calendário de 2007 a 2011, gravadas com multa de ofício vinculada ao patamar de 150%; (b) indiretamente, de exigências ainda de IRPJ e de CSLL, agora gravadas com multa de ofício vinculada ao estrato de 75%, mas isso à conta de excesso de uso de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL (implementada a mencionada glosa, que se opera retroativa ao ano-calendário de 2006, tais bases foram recalculadas e disso haveria se constatado insuficiência de recolhimento das rubricas mencionadas), tudo com pertinência aos anos-calendário de 2008 (IRPJ), 2009 (IRPJ/CSLL) e 2010 (IRPJ/CSLL); (c) também indiretamente, de multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativas, agora sobre os meses de 11/2007 a 11/2008, 01/2009 a 05/2009, 07/2009 a 05/2011 (o cálculo de ditas estimativas, a partir e balanços ou balancetes de suspensão ou redução, teria sido influenciado pela amortização da despesa de ágio em referência). O importe autuado foi de R\$ 334.495.287,75, então computados juros de mora até dezembro/2012. Acompanham os autos “TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA” em nome de Santos Brasil Participações S.A. (por tudo dito, vide fls. 02, 2.242/2.307, 2.437/2.438). Nota-se, ainda, a confecção de Representação Fiscal para Fins Penais processadas nos autos sob nº 16561.720178/201205.

2. Segue-se a suma do “TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL” de fls. 2.309/2.371:

2.1. Em meados de fevereiro/2006, tinham participação acionária direta e indireta (essa última forma vai especificada entre parênteses) no Contribuinte (Santos – Brasil S/A, d’ora em diante, apenas SantosBrasil), as seguintes pessoas jurídicas, e nos percentuais

i) Opportunity Leste S/A (d’ora em diante, Opp Leste, na qual detinham posição societária Opportunity Fund – d’ora em diante, Opp Fund – 56,69%, Investidores Institucionais Fundo de Investimento em Ações – d’ora em diante, FIA – 37,03%, e Multi STS Participações S/A – d’ora em diante, Multi STS – 6,28%), 39,96%.

ii) Multi STS, 10%.

iii) FIA, 0,04%.

iv) 525 Participações S/A (d’ora em diante, 525 Participações, na qual detinham posição societária Citigroup Venture Capital International Brazil L.P. – d’ora em diante, CVC –, 99,5%, e Opp Fund, 0,5%), 15%.

v) Caixa de Previdência dos Funcionários do Bando do Brasil – Previ (d’ora em diante, Previ), 20%.

vi) Fundação Sistel de Seguridade Social (d’ora em diante, Sistel), 15%. Nesse passo, reproduza-se quadro/esquema explicativo colacionado junto ao “Termo de Verificação Fiscal” e que ilustra a situação sobredita (o contexto do título “ESTRUTURA SOCIETÁRIA EM 30/05/2006” será explicado logo abaixo):

(...)

2.3. Em 17/02/2006, CVC, FIA, Previ e Sistel outorgam o direito de opção de compra de suas participações diretas e indiretas no Contribuinte a benefício de Multi STS “e suas afiliadas” e a Opp Fund “e suas afiliadas” (destaques do original).

2.4. De 16/02/2006 a 09/05/2006: i) Vitex Participações S/A (d’ora em diante, Vitex) e Hermosa Participações S/A (d’ora em diante, Hermosa) “passam a integrar o grupo econômico da Multi STS”; ii) Bilimbi Participações S/A (d’ora em diante, Bilimbi) passa a integrar “o grupo econômico do Opp Fund”; e iii) Howland Participações S/A (d’ora em diante, Howland) e Strelícia Participações S/A (d’ora em

diante, Strelícia) passam a integrar “o grupo econômico” de PW237 Participações S/A (d’ora em diante, PW237).

2.5. Em 18/05/2006, Multi STS e Opp Fund cedem, graciosamente, suas posições no contrato antes firmado em face de CVC, FIA, Previ e Sistel, isso a benefício de Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia, que passam assim a titularizar o direito de opção de compra das participações diretas e indiretas no Contribuinte então detidas por CVC, FIA, Previ e Sistel.

2.6. Em 30/05/2006, a partir de liberação de financiamento obtido junto ao Banco Credit Suisse (Brasil) S/A (d’ora em diante, Credit Suisse), assim garantido por Santos-Brasil, Multi STS, Opp Fund e PW237, as pessoas jurídicas Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia veem de exercer o antes citado direito de opção de compra das participações diretas e indiretas no Contribuinte, até então detidas por CVC, FIA, Previ e Sistel, e, efetivamente, adquirem ditas participações societárias. Por outra, CVC, FIA, Previ e Sistel passam à condição de acionistas retirantes, e Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia ao status de controladores diretos/indiretos de Santos-Brasil. Pago na operação um ágio de R\$ 321.264.285,02. Nesse passo, reproduza-se quadro/esquema explicativo colacionado junto ao “Termo de Verificação Fiscal” e que ilustra a situação sobredita:

(...)

2.7. Ainda em 30/05/2006, Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland, Strelícia, 525 Participações e Opp Leste são incorporadas pelo Contribuinte (SantosBrasil).

2.8. Anota a Fiscalização:

“11. Em virtude destas operações a Santos Brasil passou a amortizar o ágio nas empresas incorporadas e assumiu as obrigações decorrentes dos financiamentos captados por Vitex, Bilimbi e Howland. Com a entrada de recursos proveniente da abertura do capital social em 17/10/2006, estes financiamentos foram liquidados.”

2.9. Depois de tudo, a configuração societária assim seria retratada:

(...)

2.10. Nesse passo, a Fiscalização faz referência aos “Anexo 1” e “Anexo 2”, avisado que fica como incorporados ao “Termo de Verificação Fiscal” presentemente esmiuçado. No “Anexo 1”, conduz argumentação no sentido de mais e melhor circunstanciar os quadros acima reproduzidos, bem que de caracterizar Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia como pessoas jurídicas sem propósito econômico senão o de servirem de veículo para o ágio ora discutido vir ter à conta do Contribuinte (Santos-Brasil). Já no “Anexo 2”, tenciona-se caracterizar a interdependência, desde a origem, entre os atores envolvidos no negócio que, enfim, resulta na origem do ágio aqui discutido.

2.11. Sobre a acusação de fundo, pondera a Fiscalização que o negócio gerador do ágio houvera sido praticado entre empresas do mesmo grupo, inter-relacionadas, na espécie “as empresas PW237, Multi STS e Opp Fund, adquiriram e/ou aumentaram suas participações societárias na Santos Brasil com ágio de R\$ 321.264.285,02, se utilizando antes das empresas Bilimbi, Vitex, Strelícia, Hermosa e Howland – criadas exclusivamente para receber o novo investimento” (destaques do original). Anota ainda que, num só dia, isto é, em 30/05/2006, essas últimas (1) obtiveram a liberação do financiamento alhures referido e tomado junto ao Credit Suisse (de todo, investimento esse garantido por pelas próprias Santos-Brasil, Multi STS, Opp Fund e PW237), (2) adquiriram a participação societária de que se cogita na Santos-Brasil, (3) registram o ágio, e (4) foram incorporadas por essa última. Assim, se os investidores (adquirentes de participação societária na Santos-Brasil) – ou, na linha da Fiscalização, os reais investidores – já detinham participação societária na investida, com a “aquisição” levada a cabo pelas nomeadas empresas veículos (controladas pelos ditos reais investidores) e isso seguido de sua posterior incorporação pela investida, tais reais investidores só fizeram incrementar sua posição no quadro social da incorporadora (Santos-Brasil). Numa linha, os “Investidores: Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237 não deixaram de existir e em nenhum momento perderam seus investimentos na Santos Brasil” (destaques do original). Como o ágio pago, já e então registrado na Santos-Brasil, não veio de se encontrar sob o pálio d’um só patrimônio com aquele que por ele pagou, não caberia a dedução da despesa de sua amortização. Registra a Fiscalização (destaques do original):

“84. Assim, procedendo a uma série de “restruturações societárias”, dotadas apenas de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, os Investidores: Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237 conseguiram: i) permanecer com os seus investimentos na Santos Brasil intocados, apenas, agora, não são mais apresentados contabilmente desdobrados em “investimento+ágio”, e ii) constituir, na contabilidade da Santos Brasil, uma conta de ativo não circulante em valor igual ao ágio com que aumentaram ou adquiriram o seu controle acionário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo

previsto na legislação tributária, forçando as condições para reduzir o lucro tributável.

85. O único fim visado era a utilização do tratamento fiscal de redução da carga tributária na Santos Brasil, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão dos grupos Opp Fund, Multi STS ou PW 237) e a investida (Santos Brasil), ou vice-versa.

86. Como não foi essa a situação ocorrida, nem era vontade dos detentores do controle acionário da Santos Brasil dela se desfazerem, engendrou-se o artifício jurídico de interpor empresas pertencentes aos mesmos grupos econômicos, efêmeras (Vitex, Bilimbi, Strelícia, Howland e Hermosa), sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição (aumento das participações já existentes ou aquisição de novas participações acionárias) com ágio por expectativa de rentabilidade futura, para logo em seguida, serem estas incorporadas pela sua controlada (Santos Brasil), e devolver as ações de sua emissão às suas controladoras originárias.”

2.12. Nesse cenário, isto é, dada a criação de empresas ditas veículo, de efêmera duração, para, assim postas entre os reais investidores e a Santos-Brasil, (a) adquirirem participação societária nessa última, sem que para isso tivessem (as veículos) posição econômica suficiente (certo o ínfimo capital social de quatro delas, a nenhuma movimentação comercial de relevo além daquela ora discutida, a ausência de empregados, visto ainda que o financiamento viabilizador do negócio em testilha fora garantido pelos reais investidores), (b) registrarem o ágio respectivo, (c) se verem incorporadas pela Santos-Brasil, e tudo isso a se suceder entre a manhã e a noite d'um só dia (30/05/2006), haver-se-ia de reconhecer que o caso mais se aproximaria d'uma hipótese de simulação d'um negócio empresarial à falta d'outro propósito que não a economia tributária. Tudo conforme a forma legal, mas com abuso de direito. Enfim, que a conduta do Contribuinte estaria animada pelo dolo tendente a impedir ou retardar o nascedouro da matéria tributável e/ou o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária. Nesse exato ponto, a glosa de despesa de amortização do ágio sobredito mereceria o crivo da multa qualificada. Dizia a Fiscalização:

“186. Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício. [...]”

2.13. Indedutível a despesa com a amortização de ágio, como antes visto, isto é, na linha argumentativa da Fiscalização, e certo que o

Contribuinte computara dita despesa nos cálculos da estimativa de IRPJ/CSLL a recolher, tal cômputo é então feito de ordem a se verificar a existência, ao seu tempo, d'uma estimativa não recolhida. Assim constatado, formulou-se a respectiva exigência de multa de ofício isolada por falta de recolhimento da rubrica em consideração (na espécie, tal expediente rendeu autuações para os meses de 11/2007 a 11/2008, 01/2009 a 05/2009, 07/2009 a 05/2011).

2.14. Ainda na mesma linha, isto é, no suposto da ineditabilidade da despesa com amortização de ágio, o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSSL, ambos do ano-calendário de 2006, restariam diminuídos. Isso mais a própria glosa de despesa de amortização de ágio que até então se debate, levaria ao rearranjo de prejuízos fiscais (anos-calendários de 2008, 2009 e 2010) e de bases de cálculo negativa de CSLL (anos-calendário de 2009 e 2010).

2.15. Em 24/10/2007, a Santos Brasil Participações S/A (d'ora em diante, SBPar) incorporou a totalidade das ações da Santos-Brasil, "tornando-se, conseqüentemente, sua subsidiária integral e proporcionando-lhe um acréscimo no seu capital social de R\$ 1.042.062.622,86".

2.16. Em 15/09/2011, a Santos-Brasil cindiu-se: a porção cindida foi incorporada por SBPar; a porção remanescente somava R\$ 10.000,00. Como faz notar a Fiscalização:

"Conforme item 1.5 do "PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE CISÃO PARCIAL DE SANTOS-BRASIL S.A. SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO, POR SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A., DA PARCELA CINDIDA", Anexo 01, a SB Par reconhece que responderá solidariamente pelas obrigações da Santos Brasil "Por força do disposto no artigo 229, §3º, da LSA, a Incorporadora sucederá de forma universal em todos os direitos, bens e obrigações SBSA compreendidos na parcela cindida".

2.17. Disso, concluiu a Fiscalização, pela responsabilidade tributária de SBPar pelo crédito tributário ora constituído, nele compreendido tributo e multa de ofício. Dizia a Fiscalização:

"212. Em consequência, a SBPar passou a ser responsável solidária pelos créditos tributários surgidos até a data da incorporação dos bens cindidos, conforme previsto no Código Tributário Nacional [na oportunidade citam-se arts. 124, 129, 132 do mencionado Código, além dos arts. 207, inciso III, e seu parágrafo único, inciso II; destaque original].

[...]

216. Mas, no caso em tela, a responsabilidade da cindenda não se adstringe aos tributos devidos pela cindida. Impõe-se à sucessora também responder pelas multas aplicáveis em função do descumprimento de deveres legais por parte da Santos Brasil, ainda que cominadas posteriormente ao evento sucessório. [...].

217. A operação societária foi engendrada entre empresas participantes do mesmo grupo econômico, porquanto a Santos Brasil, à época, era subsidiária integral da SBPar. Destarte, tanto a cindida quanto a cindenda estavam sujeitas ao mesmo grupo de controladores à época da cisão parcial.

218. Assim, urge refutar peremptoriamente o desconhecimento por parte da cindenda dos atos praticados pela cindida. Tampouco se sustenta a hipótese de falta de conhecimento da sucessora quanto ao passivo (aqui entendido *latu sensu*) da sociedade cindida. Por conseguinte, justifica-se plenamente a responsabilidade da sucessora pelas infrações imutadas à sucedida, agastadas quaisquer hipóteses excludentes de responsabilidade juridicamente admitidas.”

2.18. Em 19/12/2011, dera-se a mais recente alteração estatutária, com o que, entre outros, o nome empresário de Santos-Brasil passa para Numeral 80 Participações S/A.

Encerrada a fiscalização, a recorrente teve ciência do auto de infração em 14/12/2012 (fl. 2471). Na sequência, apresentou impugnação em 14/01/2013 (fl. 2472/2561), a qual foi julgada totalmente improcedente, nos termos da ementa do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamentos (DRJ) que adiante segue transcrita (fl. 3404/3443):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. O processo de reorganização societária, mormente o promovido por cisões e incorporações dentro do mesmo grupo econômico, não elide a responsabilidade tributária da sucessora em relação ao crédito tributário (principal e multa) decorrente de infração tributária cometida por empresa sucedida.

NEGÓCIO JURÍDICO. FORMALIDADE. ABUSO DE DIREITO. INOPONIBILIDADE. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO DA

MULTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Negócio jurídico realizado sob a ótica de legislação específica, de modo literal, com a inobservância, contudo, do ordenamento jurídico, é abusivo e inoponível ao Fisco, sujeitando o infrator a multa de ofício de 75% dos tributos devidos, quando não caracterizada, nos autos, conduta qualificada por fraude a autorizar a duplicação da pena-base.

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PAGAMENTO. TERMO INICIAL. CONTAGEM. A contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese de inexistência de pagamento antecipado, ainda que ausente dolo, fraude ou simulação, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EMPRESAS VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. ECONOMIA TRIBUTÁRIA. OPOSIÇÃO AO FISCO. IMPOSSIBILIDADE. DESPESA DE AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO. GLOSA. É desprovida de propósito comercial aquisição de participação societária por pessoa jurídica constituída com finalidade precípua de economizar tributos, operando como veículo para que o ágio pago por investimento seja nele próprio alocado, cabendo glosar a dedução fiscal de sua amortização.

FATOS PASSADOS. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESCRITURAÇÃO. DOCUMENTOS. GUARDA. PRAZO. O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. FATOS IMPONÍVEIS DISTINTOS. É cabível aplicação de multa isolada decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais de imposto concomitantemente com multa proporcional incidente sobre aquele devido e não pago ao final do

período de apuração anual, haja vista cuidarem de reprimendas a comportamentos distintos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, naquilo que for cabível, uma vez que ambos os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Intimada da decisão supratranscrita em 17/10/2013 (fl. 3455/3456), a recorrente apresentou, então, recurso voluntário 14/11/2013 (fl. 3457/3576), no qual ventila as seguintes razões, em resumo:

- (i) Que restou comprovado que a reorganização societária em análise é a mais adequada em face dos objetivos pretendidos a época.
- (ii) Que a presente operação não pode ser analisada simplesmente do ponto de vista da validade dos atos societários considerados isoladamente, mas sim como um todo.
- (iii) Que é importante compreender o propósito comercial e econômico das operações societárias realizadas que deram origem a amortização do ágio.
- (iv) Que a reestruturação societária culminou na vontade dos seus antigos acionistas, pois havia constantes dissidências entre eles, e acabava por obstar a condição das atividades da recorrente, o que era negativo para seu crescimento.
- (v) Que os antigos acionistas alienaram suas ações, que foram adquiridas por Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa, possibilitando assim um maior consenso nas decisões empresariais, o que era necessário para o desenvolvimento e fortalecimento da recorrente no mercado.

(vi) Que a incorporação de algumas das acionistas da recorrente, teve a finalidade de simplificar a estrutura societária do grupo, entendida como fundamental para o sucesso da oferta pública das ações, quais seriam apresentadas em momento posterior, nos termos da Comissão de Valores Mobiliários, bem como para a adesão ao segmento de governança de corporativa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA.

(vii) Que de tal maneira, deve-se descartar o argumento do AFRFB, no sentido de que o ágio não teve propósito negocial e a única finalidade da reorganização teria sido a redução indevidamente o pagamento de tributos em razão da amortização do ágio.

(viii) Que a reorganização societária levada em efeito pelo grupo buscava a retirada dos antigos acionistas da recorrente, seguida de uma simplificação da estrutura societária adotada com a redução de custos e aumento da lucratividade, com vistas a posterior oferta pública de ações e a conseqüentemente obtenção de recursos para o financiamento de suas atividades, o que ocorreu de fato, tendo sido inclusive noticiado pela imprensa.

(ix) Que o AFRFB não questionou no TVF a regularidade formal dos fatos, e que ressaltou a sua aprovação pelo CADE.

(x) Que a recorrente foi constituída em 05/09/1997, como sociedade de propósito específico, originada de um consórcio de empresas, tendo sido criada com a finalidade de operar a explorar Terminais de Contêineres.

(xi) Que antes das operações societárias discutidas nos autos, figuravam como acionistas da recorrente Opp Leste, Previ, Sistel, 252 Participações, Multi STS e Fia.

(xii) Que em 17/02/2006, foi celebrado o contrato de Opções de Compra de Ações (fls. 521/577), qual se iniciou a estruturação da saída dos acionistas que não pretendiam permanecer na sociedade (Previ, Sistel, 252 Participações e Fia) em razão de conflitos diversos.

(xiii) Quem em 30/05/2006 ocorreu à formalização das aquisições vinculadas a opção de compra de participações diretas e indiretas, por meio de Contrato de compra e venda (fls. 702/726) as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa.

(xiv) As participações diretas e indiretas adquiridas representavam nesse momento 64,76% do capital da recorrente (35,04% participações diretas e 29,72% participações indiretas).

(xv) Que as aquisições perfizeram o valor de R\$ 451.182.156,41, o qual foi integralmente pago, a maior parte em dinheiro próprio e de terceiros obtidos mediante financiamento, e por um montante menor em debentures, sendo que a parcela de R\$ 321.264.285,02, correspondia a ágio.

(xvi) Que o pagamento do ágio está devidamente fundamentado com base na metodologia de fluxo de caixa descontado.

(xvii) Que foi nesse momento que PW 237, que até então não participava diretamente do capital social, passou a deter 30% de participação societária, fato este que a DRJ ignorou.

(xviii) Que o ingresso da PW 237 no grupo detentor do controle foi reconhecido pelo AFRFB no início do TVF (fls. 6), mas ao finalizar o mesmo, conclui de modo a não reconhecer as alterações realizadas na composição societária, (fls. 116).

(xix) Que na mesma data das aquisições (30/05/2006), a recorrente resolveu incorporar as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa para fins de simplificação de sua estrutura societária.

(xx) Que o propósito de simplificação da estrutura societária do Grupo era notório, na medida em que as empresas 525 e Opp Leste, quais não haviam adquirido participações, eram acionistas da mesma desde 1997, e que o próprio AFRFB reconhece nas fls. 03 do TVF, que estas eram acionistas desde a sua constituição.

(xxi) Que tais operações societárias, foram realizadas dentro da estrita legalidade e revestiram-se de evidente e legítimo propósito econômico, para a consequente obtenção de recursos financeiros para o desenvolvimento e expansão de suas atividades.

(xxii) Que no mês de junho de 2006, após as incorporações das empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa, passou a recorrente amortizar o ágio, nos exatos termos da legislação de regência.

(xxiii) Que o AFRFB e a DRJ não buscaram a verdade material da operação como um todo, e concluíram de forma precipitada e equivocada que no caso concreto a amortização do ágio resultou em indevida redução de tributos, por não estar respaldada na legislação tributária e por decorrer de operações simuladas, sem propósito negocial.

(xxiv) Que cumpriu todos os requisitos legais e necessários para que fizesse jus ao aproveitamento fiscal da dedução de ágio questionada no processo administrativo fiscal.

(xxv) Que em 30/05/2006, ficou demonstrado que as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa adquiriram participações societárias diretas e indiretas, tendo sido registrado um ágio de R\$ 321.264.285,02 nesta operação.

(xxvi) Que o próprio AFRFB, reconheceu o surgimento desse ágio, cuja amortização deu-se no momento da aquisição de participação societária pelas empresas acima mencionadas. (fls.2314).

(xxvii) Que a aquisição da participação societária foi equivalente a 64,76% das ações que detinha, sendo que com a incorporação de tais empresas nasceu para esta o direito de deduzir encargos de amortização do ágio para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

(xxviii) Que embora o ágio tenha sido amortizado nos anos posteriores, o fato contábil societário que deu origem ao mesmo ocorreu no ano-base de 2006. Portanto, transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre o fato que propiciou o surgimento do ágio em 2006 e a lavratura do auto de infração em questão (12/12/2012).

(xxix) Que conforme o art. 150, § 4º do CTN, o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos, para a constituição de lançamento por homologação, e deve ser considerada como termo inicial da contagem do prazo o fato gerador. Sendo assim, a contagem do prazo decadencial do presente, deve ter início a partir da origem do ágio e não a partir da sua amortização.

(xxx) Que o fisco, não poderia realizar lançamento de ofício sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial, para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos, em períodos subsequentes.

(xxxi) Que a aquisição de participação societária, deu-se entre partes independentes e opostas, como o mesmo AFRFB reconheceu nas fls, 2355, e que as adquirentes das ações da recorrente não têm qualquer relação com os acionistas retirantes (fls. 3425/3426).

(xxxii) Que foi utilizado o critério equivocado para verificar se havia ou não relação de interdependência entre adquirentes e alienantes. Pois para se estabelecer o nível de envolvimento entre as partes do negócio basta que se examine a composição da adquirente e da

alienante, e não entre a alienante, adquirente e a companhia emissora das ações, como foi feito pela fiscalização.

(xxxiii) Que os procedimentos contábeis e fiscais adotados pelas empresas adquirentes da participação de 64,76% na recorrente estão em total conformidade com o quanto requerido pelas normas contábeis e fiscais vigentes a época da operação.

(xxxiv) Que segundo o art. 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, bem como, valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base na previsão dos resultados nos exercícios futuros ou fundi de comercio, intangíveis e outras razões econômicas.

(xxxv) Que absorveu as empresas adquirentes por meio de incorporação, uma vez que estas ultimas tinham registrado ágio apurado com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade dos resultados nos exercícios futuros da recorrente, conforme laudo de avaliação já mencionado.

(xxxvi) Que a legislação estabelece a possível amortização do valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de uns sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III e § 6º do artigo 386 do RIR/99).

(xxxvii) Que nos termos da legislação acima mencionada, ocorrida à incorporação, surgiu o direito a dedução fiscal do ágio.

(xxxviii) Que o aproveitamento do ágio decorrente de aquisição de sociedades, representa a mera fruição de um tratamento fiscal previsto em lei.

(xxxix) Que AFRFB, indevidamente, desconsiderou de forma indireta a personalidade jurídica das mencionadas empresas adquirentes, ao afirmar que os reais adquirentes seriam Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237, presente nas fls. 3429 dos autos, o que não é admitido, em face da ausência de regulamentação do artigo 116 do CTN.

(xl) Que os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma, dependem de elaboração de lei ordinária, a qual até o presente momento, não foi editada, ou seja, a norma prevista no parágrafo

único, do artigo 116 do CTN, de eficácia limitada, ainda não pode ser aplicada pelas autoridades fiscais.

(xli) Que a confusão patrimonial, entendidas como necessárias pela fiscalização e pela DRJ a aplicação dos artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/97 de fato ocorreram, haja vista que, com a incorporação promovida as empresas investidoras se extinguíram.

(xlii) Que todos os atos praticados na reorganização societária por qual passou, além de serem notadamente validos, conforme legislação vigente a época dos fatos, possuem evidente propósito negocial.

(xliii) Que os motivos que impulsionaram a utilização das empresas são intrinsicamente, extra-tributários, relacionados à reestruturação societária que se pretendia promover. Portanto, não se pode afirmar que a única finalidade de tais empresas era a de “carregar” o ágio até a recorrente, para que este pudesse ser amortizado.

(xliv) Que a fiscalização não pode utilizar-se de critérios eminentemente subjetivos, para valorar as escolas empresariais que envolveram a organização dos negócios.

(xlv) Que mesmo se as aquisições se dessem de forma direta pelas empresas “veículos” também seria possível o aproveitamento do ágio, posição esta já reconhecida anteriormente pelo CARF.

(xlvi) Que a simples existência das empresas “veículos” não é suficiente para que se infirme e validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, pois no caso em tela, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos praticados.

(xlvii) Que prestou informações e forneceu documentos ao AFRFB no decorrer do procedimento de fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal.

(xlviii) Que todos os atos societários foram devidamente registrados e arquivados nos órgãos societários competentes e declarados ao Fisco Federal, por meio das devidas obrigações acessória.

(xlix) Que o recurso de ofício não deve prosperar, pois como visto, não bastasse à ausência de dolo, pois se demonstrou que foi prudente e precaveu-se de todas as formas possíveis para realizar as operações, tendo buscado a opinião de assessores externos, ou seja, agiu dentro do campo da licitude.

-
- (l) Que no ano de 2006, houve o recolhimento de estimativas mensais, seja porque, naquele mesmo ano houve em diversas oportunidades a retenção do IRRF sobre aplicações financeiras, conforme DIPJ anexa.
- (li) Que os tributos exigidos, estão sujeitos ao lançamento por homologação, e parte dos fatos geradores ocorreram em 31/12/2006.
- (lii) Que somente foi cientificada das autuações em 14/12/2012, de modo que não ocorreu nenhuma das condutas previstas na Lei nº 4.5052/64.
- (liii) Que quando foi cientificada da lavratura dos autos de infração parte dos créditos tributários em questão já estava extinto, nos exatos termos dos artigos 150, §4º e 156, inciso V, ambos do CTN, ocorrendo assim à decadência do direito de constituição de eventual crédito tributário pelo Fisco.
- (liv) Que no presente, não se aplica a regra decadencial prevista no artigo 173, inciso I do CTN, mas sim o artigo 150, § 4º do mesmo. Pois efetuou diversos recolhimentos a título de IRPJ sobre os rendimentos a título de IRPJ e CSLL por estimativa, bem como houve a retenção, em diversas oportunidades do IRRF sobre os rendimentos e aplicações financeiras, (fls. 3657/3659, 3661/3663, 3674/3677, 3679/3683).
- (lv) Que não foi apontado no TVF qualquer legislação aplicável, para fundamentar a suposta necessidade de adição da despesa com ágio, a base de cálculo da CSLL, o que macula a validade do presente lançamento, por ofensa ao princípio da legalidade.
- (lvi) Que não deve prosperar a multa isolada exigida relativamente aos meses correspondentes aos anos-base de 2007 a 2011, pois como estes períodos já estavam encerrados quando da lavratura dos autos de infração em comento 12/12/12.
- (lvii) Que não pode haver sobre a mesma base de cálculo, a cumulação de multa isolada com qualquer outra penalidade, o que se verifica na lavratura dos autos, pois há a cobrança da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e CSLL.
- (lviii) Que o saldo inicial de prejuízo fiscais em 2006 considerado pelo AFRFB não é de R\$ 8.779.511,17, como apontado na Planilha de

prejuízos fiscais de IRPJ, referente o ano calendário de 2006, mas sim de R\$ 16.609.078,99 (fls. 3318/3319).

(lix) Que o mesmo ocorreu em relação o saldo inicial de R\$ 29.776.396,58 referente à base negativa da CSLL do ano calendário de 2006, qual não condiz com o valor apontado, relativo ao ano base de 2011, que é de R\$ 32.737.729,49 (fls. 3320/3321).

(lx) Que os autos lavrados, padecem de iliquidez e incerteza, pois o calculo efetuado, na base de calculo de negativa da CSLL compensada no ano de 2008, está incorreto, perfazendo um montante de R\$ 584.200,80 (fls. 2883).

(lxi) Que o não cumprimento das formalidades essenciais (intrínsecas) aos atos de lançamento, tais como a liquidez e certeza do calculo do tributo, como ocorreu no presente, torna-os nulos, gerando a obrigação para a Autoridade Julgadora cancela-los de oficio.

(lxii) Que os juros calculados com base na taxa Selic, não podem ser exigidos sobre a multa de oficio lançada, por absoluta ausência de previsão legal, ao contrário do que decidiu a DRJ, pois a cobrança da Selic só é permitida sobre tributos.

(lxiii) Que a cobrança da mesma, implica no desrespeito ao principio constitucional da legalidade expressamente previsto nos artigos 5º, II e 37 ambos da Constituição Federal, este que representa a base do Estado de Direito.

(lxiv) Por fim, que se caso for mantido o auto de infração, que seja negado o provimento ao recurso de oficio e mantido a decisão da DRJ, na parte em quem cancelou a multa qualificada imposta.”.

Cabe esclarecer que a recorrente a quem o Conselheiro Frizzo se refere é apenas a Numeral 80 Participações S/A, pois **a responsável solidária - Santos Brasil Participações S/A - não interpôs recurso voluntário, embora devidamente intimada da decisão de primeira instância, conforme AR a fls. 3456.**

Em 17/06/2015, os autos foram devolvidos à Secam, pelo Conselheiro Márcio Frizzo, em razão de sua renúncia, conforme Despacho a fls. 4033. Por sua vez, o Despacho a fls. 4035 informa que, em sorteio realizado no dia 09/12/2015 nesta Turma, estes autos ficaram sob a minha relatoria.

Em 11/02/2014 (despacho a fls. 3875), a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (a fls. 3812 e segs.), na qual alega, em apertada síntese, o seguinte:

II – Da inexistência de decadência.

a) Da contagem do prazo decadencial em face da amortização do ágio.

Sobre a decadência, alega o recorrente que o direito de a Fazenda fiscalizar a operação que deu origem ao ágio aqui discutido (ocorrida em 30/05/2006) já estava decaído quando da sua ciência do auto de infração, ocorrida em 12/12/2012. Segundo ele, o prazo decadencial no presente caso deve ser contado a partir da operação societária que deu origem ao registro inicial do ágio: a aquisição do investimento com pagamento da “mais valia”.

Não obstante o raciocínio delineado pelo recorrente, a assertiva por ele apresentada não encontra qualquer respaldo jurídico. Conforme será aqui demonstrado, o direito de a Fazenda fiscalizar os procedimentos relativos à criação de um ágio a ser amortizado não se submete ao prazo decadencial tributário.

Por certo, o prazo decadencial deve ser aplicado à atividade tributante do Estado. Isto é, ocorrida a materialização da hipótese de incidência tributária prevista em lei (fato gerador), o Fisco tem o prazo de cinco anos para constituir a correspondente obrigação tributária por meio do lançamento.

Tal como previsto no Código Tributário Nacional, em especial em seus artigos 150 e 173, o direito de a Fazenda Pública constituir os seus créditos tributários se subordina ao prazo decadencial de cinco anos. Assim, ocorrido o fato gerador previsto em lei (art. 150), ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173), o Fisco possui o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento e constituir os correspondentes créditos fiscais.

Vê-se, assim, que, para a contagem da decadência, deve-se ter em mira a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que será constituída. Sem a materialização no campo da existência de qualquer hipótese de incidência tributária prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial. Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado.

No caso do IRPJ, por exemplo, não ocorrendo a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza e o resultado ajustado positivo do exercício (antes da provisão para o imposto de renda), não haverá prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir as respectivas obrigações tributárias; não haverá o que lançar!

Voltando ao caso ora em análise, indaga-se: o pagamento do ágio previsto no artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 – RIR/99 enseja a materialização da hipótese de incidência prevista para o IRPJ? O pagamento do ágio na aquisição de uma participação societária se enquadra como fato gerador de algum tributo federal?

A resposta a todas essas perguntas é uma só: o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação societária não é fato gerador de nenhum tributo federal. Quem recebe o ágio auferir disponibilidade econômica, mas quem o paga, não.

De fato, o pagamento de um ágio decorrente da aquisição de uma participação societária não se enquadra como hipótese de incidência tributária; não é um fato que interessa à atividade tributante do Estado. A “mais valia” paga por uma empresa na aquisição de uma participação societária não constitui fato gerador de nenhum tributo previsto na legislação.

No que tange aos tributos aqui discutidos, a legislação aplicável ao IRPJ não admite o enquadramento do pagamento de um ágio como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza ou de resultado positivo da atividade empresarial. Pelo contrário, a aquisição de um ágio significa a aquisição de uma expectativa de ganho futuro. Quando do efetivo pagamento do ágio, não há qualquer ganho auferido pela adquirente, apenas uma despesa, uma diminuição patrimonial.

Ora, nesse esteio, não sendo o pagamento de um ágio fato gerador de nenhuma obrigação tributária, tem-se, então, que, em face desse fato não corre qualquer prazo decadencial contra o Fisco. Não gerando obrigação tributária a ser lançada, o pagamento de um ágio não implica qualquer prazo decadencial a favor de quem o pagou e/ou contra o Estado.

Contudo, de acordo com o RIR/99, essa “mais valia” constitui um “potencial” benefício fiscal a ser concedido pelo Estado. De acordo com o artigo 386 daquele Regulamento, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio apurado com base na rentabilidade futura do investimento, poderá, caso cumpridos os requisitos legais para tanto, amortizar o valor desse ágio na apuração do lucro real.

Assim, ao adquirir uma participação societária com ágio, a pessoa jurídica adquire uma expectativa de direito de, no futuro, caso ocorra a situação prevista na legislação, poder amortizar esse valor na apuração dos tributos por ela devidos. Nessa hipótese, caso o investimento que deu origem ao ágio seja reunido com o próprio ágio (em resumo), a “mais valia” anteriormente paga passará a ter conotação fiscal. O ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar a apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.

No que tange à fluência do prazo decadencial nesse caso, o Fisco possui cinco anos para constituir os créditos de IRPJ decorrentes da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza e do resultado ajustado positivo auferidos pela empresa em determinado ano-base. O ágio utilizado na apuração das respectivas bases de cálculo não compõe a hipótese de

incidência dos referidos tributos, apenas afeta, quando da sua efetiva utilização, o cálculo do montante a ser pago (benefício fiscal).

Com efeito, em face do ágio registrado por um sujeito passivo, o Fisco pode, ao averiguar a sua regularidade, concordar ou não com a sua amortização na apuração do lucro real. Se concluído que o registro contábil se adequa aos requisitos impostos pelo benefício fiscal concedido pela legislação, a amortização será homologada. Caso contrário, a amortização será glosada, sendo mantido, porém, a existência contábil do ágio registrado.

De forma retórica, indaga-se: diante do registro de um ágio em um livro de uma empresa, o que deve fazer um Auditor da Receita Federal? Segundo entende o recorrente, deve a Fiscalização averiguar a sua regularidade e glosar de forma cautelar o seu registro, haja vista que o sujeito passivo pode, no futuro, caso se envolva em uma reunião patrimonial-societária deduzir a sua amortização na apuração do IRPJ.

Nobres Conselheiros, diante dessa possibilidade inimaginável, não há mais nada o que falar!!!

Não sendo fato gerador de nenhum tributo, não há crédito tributário a ser lançado. Sendo um mero registro contábil “para o futuro”, não há cálculo de tributo “no presente” que possa ensejar a sua glosa “no presente”.

(...)

Mostra-se, com isso, que, no caso dos presentes autos, o que é objeto do lançamento tributário é a apuração das bases de cálculo do IRPJ realizada pelo contribuinte autuado, não o ágio por ele registrado. Independentemente da conclusão do presente processo, o ágio contabilizado será mantido; o que se discute aqui é o seu enquadramento no benefício fiscal concedido pelos artigos 385 e 386 do RIR/99.

(...)

b) Da ausência de pagamento antecipado no ano-calendário de 2006.

O recorrente tenta afastar a incidência do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional quanto aos tributos referentes ao ano-calendário de 2006, sob a justificativa de que, nesse ano, houve pagamentos antecipados por meio das estimativas pagas e do IRRF incidentes sobre suas aplicações financeiras.

Sendo assim, a decadência deve ser reconhecida com base no artigo 150, § 4º, do CTN.

(...)

Dessa forma, de acordo com o entendimento que prevalece sobre a contagem do prazo decadencial nos casos de lançamento por homologação, portanto, não tendo a recorrente apurado IRPJ e CSLL a pagar, não há que se falar em pagamento a ser homologado nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

Portanto, sendo incontestável que a SANTO-BRASIL não pagou de forma antecipada qualquer parcela do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2006, uma vez que sequer apurou em sua DIPJ débitos a pagar, o prazo para constituição dos referidos tributos deve ser contado pelo artigo 173, I, do CTN.

III – Da indedutibilidade do ágio amortizado.

Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal, o ágio deduzido pelo atuado é indedutível nos termos da legislação fiscal porque decorre da participação fraudulenta de cinco “empresas veículos” na aquisição de 64,76% de suas ações.

(...)

b) Dos reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL.

Antes de iniciar a análise da dedutibilidade do ágio propriamente dita, deve-se, por razões meritórias, demonstrar quais foram os reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL. Sobre esse ponto, em decorrência da simulação reconhecida, a Fiscalização considera que foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. O contribuinte, por seu lado, afirma que foram as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI.

A fim de apurar os reais adquirentes das ações da SANTOSBRASIL, antes detidas pelo FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL, deve-se aferir a origem dos recursos utilizados, e sobre esse aspecto não há controvérsia. Por certo, tanto a Fiscalização como o contribuinte concordam que os recursos utilizados para a aquisição das ações da SANTOS-BRASIL tiveram origem nas empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Nesse diapasão, registram-se os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal e do Recurso Voluntário:

(...)

Com efeito, os recursos utilizados na aquisição das ações da SANTOS-BRASIL tiveram origem nas empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Tais empresas foram responsáveis pelos recursos aportados na VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, os quais foram integralmente utilizados na aquisição das ações do recorrente. Os aportes de recursos, por sua vez, ocorreram em dinheiro e em debêntures da SANTOSBRASIL.

Voltando aos fatos acima descritos, destacam-se os aumentos de capitais realizados nos dias 24/02/2006, 22 e 29/05/2006 que totalizaram R\$ 135.674.297,00.

Já no dia 30/05/2006, data do fechamento do Contrato de Opção de Compra e Venda, as empresas VITEX, BILIMBI e HOWLAND receberam R\$ 330 milhões do BANCO CREDIT SUISSE, oriundos de um financiamento cujo pagamento foi garantido também pela MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND.

Portanto, a partir da incontestável origem dos recursos, demonstra-se que os reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não foram a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, mas sim a MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Foram essas empresas que sacrificaram os seus patrimônios em troca de novas ações da SANTOS-BRASIL.

Em que pese a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI terem aderido ao contrato como adquirentes, terem entregado os recursos necessários a tal aquisição, e terem recebido as ações, as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND foram as reais adquirentes. Foram essas empresas que negociaram com o FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL o preço a ser pago, as condições de pagamento, e a forma como a participação acionária seria entregue. Além disso, foram essas empresas que efetivamente arcaram com o preço e passaram a ser as titulares das ações adquiridas.

A VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, portanto, foram apenas “empresas de gaveta”, por meio das quais as reais adquirentes resolveram concretizar o acordo que seria celebrado com os vendedores. Nesse esteio, tais empresas foram adquiridas pelos reais adquirente poucos dias antes do acordo ser fechado, figuraram como partes no contrato, e serviram de “ponte” para a transferência tanto do pagamento como das ações que seriam entregues. Ao final, com a incorporação delas pela SANTOS-BRASIL, a participação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI na aquisição das ações foi completamente desfeita, tal como se elas nunca tivessem existido.

Vale ressaltar que todas as empresas que o recorrente defende como adquirentes das suas ações, foram adquiridas por suas controladoras contendo um capital social de R\$ 100,00 e, ao longo de suas existências, tiveram como únicas operações relevantes aquelas que envolveram a aquisição das ações da recorrente (aportes de capitais, financiamento com o BANCO CREDIT SUISSE, aquisição das ações, e extinção por incorporação). Outrossim, no mesmo dia em que adquiriram as ações foram extintas. Destaca-se, também, o fato de que as empresas BILIMBI, STRELÍCIA e HOWLAND se situavam no mesmo endereço da PW 237 (Av. Presidente Wilson, 231, 28º (parte),

Centro, Rio de Janeiro), e as empresas HERMOSA e VITEX apresentavam o mesmo endereço da MULTI STS (Av. Nilo Peçanha, 11, Grupo 404 parte, Centro, Rio de Janeiro).

Tal fragilidade existencial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI explica, dessa forma, o motivo pelo qual as reais adquirentes aparecem como intervenientes em todos os acordos em que as “empresas veículos” participam. Por óbvio, como não eram pessoas jurídicas que continham caráter de continuidade, e sequer lastro financeiro quando da assinatura dos contratos, as suas obrigações deveriam necessariamente ser assumidas também pelos seus sócios.

Destarte, demonstrado que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, e que a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI serviram apenas como uma “ponte” na concretização dessa operação, parte-se à análise da dedutibilidade do ágio com base nessa conclusão.

c) Do não cumprimento do requisito à dedutibilidade do ágio previsto na Lei nº 9.532/1997.

Da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, há um encontro do adquirente com o investimento adquirido. Em face, portanto, dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido (presunção) o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”. O artigo 386 assim prevê:

(...)

Portanto, ao contrário do que muitos entendem, o direito à dedução fiscal do ágio não decorre simplesmente do seu efetivo pagamento. Como visto na norma supracitada, o direito à dedução nasce da “confusão patrimonial” entre investida e investidora. Caso assim não seja entendido, o artigo 386 do RIR/99 se torna letra morta. Para fins de dedutibilidade do ágio, dessa forma, é imperioso que haja a presunção de perda do investimento contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Todavia, para que haja essa “confusão patrimonial” entre investida e investidora, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial”. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento.

Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de

fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participa da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

Vale dizer, portanto, que, de acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente em face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, mas não será dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Nesse diapasão, registra-se o teor do Acórdão nº 1302-00.834, de lavra da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, o qual, em caso similar ao ora analisado, afastou a possibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra por absoluta ausência de previsão legal para tanto:

(...)

Voltando ao caso em análise, o recorrente defende que tal “confusão patrimonial” exigida pela legislação ocorreu quando a SANTOSBRASIL incorporou o patrimônio da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI. Segundo ele, em face dessa operação, os investidores (VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI) tiveram seus patrimônios absorvidos pelo investimento (SANTOS-BRASIL).

Todavia, como visto no item anterior, tendo sido as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL, não há como a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI justificar a dedutibilidade desse ágio nos termos do artigo 386 do RIR/99. Por certo, com a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI pela SANTOS-BRASIL, não há como defender que houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas ações da SANTOS-BRASIL com a própria SANTOS-BRASIL, pois quem efetivamente adquiriu essa empresa com ágio nunca a incorporou (ou foi por ela incorporado).

Assim, na situação estudada, nenhuma das empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas ações. Não houve, portanto, “confusão patrimonial” entre investida e investidoras. Desta feita, o ágio absorvido pela SANTOS-BRASIL com a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99.

A única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação acionária da SANTOS-BRASIL ser dedutível ocorreria caso essa empresa fosse incorporada ou incorporasse o reais adquirentes de suas ações. E como isso poderia ocorrer? Caso as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND tivessem incorporado a SANTOS-BRASIL, ou vice-versa. Caso o ágio pago tivesse encontrado efetivamente o investimento que lhe deu origem, a sua amortização seria dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99. Na presente lide, como não o foi, não há benefício fiscal a ser reconhecido.

Vê-se, assim, que as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, na verdade, tentaram transformar o ágio pago quando da aquisição das ações da SANTOS-BRASIL em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida a quem ela quisesse. Tais empresas tentaram “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Portanto, uma vez o ágio absorvido pela SANTOS-BRASIL não tendo sido efetivamente suportado nem pela SANTOS-BRASIL nem pela VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99.

A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa com amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi beneficiar o real adquirente de uma participação societária, e não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse.

Acerca do argumento do recorrente de que o efeito fiscal por ele almejado com a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI seria o mesmo caso as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND tivessem adquirido diretamente as ações da SANTOS-BRASIL, destaca-se que, por proporcionar uma renúncia fiscal, a previsão legal de dedução da amortização do ágio deve ser interpretada de forma literal e restritiva. Ou seja, se o comando normativo prevê a “confusão patrimonial” entre investidora e investida, o benefício fiscal deve ser reconhecido exclusivamente nessas situações. Não há como estendê-lo a outras hipóteses similares, onde o efeito prático seria o mesmo.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar os julgamentos relativos aos processos nº 11020.724901/2011-30 e 16327.721354/2011-18, que culminaram com a edição dos Acórdãos nº 1402-001.404 e 1103-000.974, ainda não formalizados, pelos quais o CARF entendeu que a aquisição de investimento por meio de empresa veículo sem propósito negocial não autoriza a dedução do ágio conforme prevê a Lei nº 9.532/1997.

IV – Razão ao recurso de ofício. Da devida qualificação da multa de ofício.

No que tange à qualificação da multa de ofício, em que pese o entendimento da decisão recorrida, correta fora a atitude da Fiscalização, a qual pautou a sua conclusão na simulação orquestrada pelo contribuinte em conluio com outras empresas. Com efeito, não fosse a participação artificial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição das ações da SANTOS-BRASIL, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi.

Explica-se.

Tal como exposto no item anterior, a Lei nº 9.532/1997 exige à dedutibilidade do ágio a “confusão patrimonial” entre investida e investidora (real adquirente do investimento), e, como visto, esse fato não ocorreu no presente caso, uma vez que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não a incorporam ou foram incorporadas por ela.

Partindo, portanto, da dedução ilícita do ágio pelo contribuinte e da sequência de operações societárias realizadas, é possível aferir o resultado pretendido pelo contribuinte: conseguir deduzir fiscalmente o ágio que seria pago pelas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, em face da aquisição de suas ações, sem, contudo, ter que realizar a “confusão patrimonial” entre investidora e investida exigida pela lei.

De fato, vendo as operações realizadas com um filme, é possível visualizar o resultado obtido pela MULTI STS, RK, PW 237, OPP FUND, além da própria SANTOS-BRASIL: uma vez acordada a aquisição das ações, fora orquestrada uma sequência de operações artificiais que permitiriam a dedução do ágio, que inevitavelmente seria pago, e sem que fosse necessário os reais adquirentes das ações ter que, por exemplo, incorporar ou ser incorporado pela SANTOS-BRASIL.

E, como isso foi feito? Fazendo com que as reais adquirentes adquirissem, poucos dias antes da celebração do acordo, cinco “empresas de gaveta”, as quais, sendo utilizada como “ponte” tanto para a transferência do pagamento como para as ações que seriam entregues, figurariam de forma artificial como “reais adquirentes” das ações da SANTOS-BRASIL. Ao final, por lógico, essas “empresas de gaveta” deveriam ser extintas, a fim de que as reais adquirentes das ações as detivessem de forma direta.

Portanto Senhores Conselheiros, a controvérsia tanto do mérito dos presentes autos como da qualificação da multa de ofício é esta: é lícita a interposição de “empresas de gaveta” na aquisição de um investimento e, ainda assim, usufruir um benefício fiscal que fora editado visando reais aquisições societárias?

Para a Fiscalização, assim como para esta Procuradoria, a resposta só pode ser negativa. Não há como estender o benefício previsto na Lei nº 9.532/1997 para um caso onde a empresa que adquiriu a participação societária é uma “empresa de gaveta”. E mais, “empresa de gaveta” esta que foi incluída no processo de aquisição do investimento com prazo certo de vigência, ou seja, programada para ser extinta.

Caso o dispositivo legal pretendesse inserir em seu campo de incidência tal artificialidade, ele não teria lançado mão de conceitos específicos, tais como “absorver patrimônio de outra” e “adquirida com ágio”. A norma simplesmente teria estabelecido que, havendo uma aquisição de participação societária com ágio pautado em sua rentabilidade futura, essa “mais valia” geraria uma despesa dedutível ao próprio investimento adquirido.

Mas não, expressamente ela determina que para a concessão da redução fiscal haja a “confusão patrimonial” entre a investida e a real investidora, pois, só assim haverá a presunção de perda do investimento adquirido. No caso dos presentes autos, como já dito, não ocorre essa presunção, uma vez que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não se “confundiram patrimonialmente” com ela.

E justamente essa era a intenção do contribuinte e das outras empresas: simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A simulação ocorreu em razão da participação artificial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição. Como fora visto, não obstante essas empresas constarem dos contratos, elas jamais adquiriram as ações. Quem o fez foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, as quais, após o tempo calculado, acabaram sendo as efetivas detentoras das ações.

Dessa forma, a simulação fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:

(i) Vontade declarada – aquisição pela VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI de 64,76% das ações da SANTOS-BRASIL, com pagamento de ágio, seguida da incorporação daquelas pela segunda, e aproveitamento fiscal da “mais valia” conforme prevê a Lei nº 9.532/1997.

(ii) Vontade real aferida – aquisição pela MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND de 64,76% das ações da SANTOSBRASIL, com pagamento de ágio, e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela própria SANTOS-BRASIL sem ter cumprido a exigência prevista na Lei nº 9.532/1997.

Portanto, o evidente intuito doloso do contribuinte resta claro quando se vê que todos os atos e negócios que envolveram a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI se traduzem em documentos de conteúdo falso, uma vez que atestaram a participação de “empresas de gaveta”. Empresas estas que, para que o contribuinte atingisse o seu objetivo, tinham que ser extintas, assim como acabou ocorrendo.

Vale ressaltar que não se está aqui a defender que as MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND deveriam ter adquirido as ações da SANTOSBRASIL de forma direta. Não. O que se está aqui demonstrando é que, partindo do resultado ilícito obtido pelo contribuinte (dedução do ágio sem que tenha havido a “confusão patrimonial” exigida pela Lei nº 9.532/1997), a participação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição não pode ser oposta contra o Fisco. Tal participação acabou proporcionando o gozo indevido de um benefício fiscal.

Vendo de forma isolada, as operações de aquisição das ações da SANTOS-BRASIL e de incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI são válidas. Contudo, quando se nota a negociação que fora inicialmente estabelecida com o FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL e o resultado final obtido por meio das operações realizadas, vê-se a ilicitude conseguida, assim como o dolo de fraude nessa intenção.

Acerca do propósito negocial defendido pelo recorrente na utilização as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, destaca-se que todos os argumentos por ele alegados não condizem com a realidade. De início, sobre a afirmação de que a criação das empresas decorreu de uma imposição feita pelo BANCO CREDIT SUISSE para a concessão do financiamento, ressalta-se que, além de o recorrente não ter comprovado tal exigência, a extinção das “empresas veículos” no mesmo dia em que receberam o financiamento põe por terra tal afirmação. Ora, se o BANCO CREDIT SUISSE exigiu o isolamento do crédito em sociedades “limpas” e “sem passado” (expressões utilizadas pelo recorrente), por que a dívida fora assumida no mesmo dia por sociedades “sujas” e “com passado”? Por certo, não há como imaginar que, tal como fora afirmado pelo recorrente, o BANCO CREDIT SUISSE, que “possui profissionais suficientemente qualificados”, se deixaria enganar de tal forma.

Portanto, ao contrário do que afirma o recorrente, tal conclusão não decorre de uma observação impertinente, mas sim de uma questão de lógica.

Se o BANCO CREDIT SUISSE exigiu que o crédito do financiamento fosse assumido por empresas “limpas”, por que no mesmo dia esse financiamento foi assumido por empresas antigas? Como visto, o suposto isolamento exigido pelo banco não durou sequer um dia!

Em segundo lugar, no que toca à alegação de que a participação das “empresas veículos” decorreu da necessidade dos reais adquirentes segregarem o investimento adquirido das demais atividades do grupo econômico, tal como no aspecto anterior, o fato de tais empresas terem sido extintas no mesmo dia em que adquiriram as ações não permite que essa afirmação seja aceita. De fato, se o intuito do grupo era segregar as ações da SANTOS-BRASIL do resto das atividades dos

grupos econômicos que as adquiriram, por que as empresas, responsáveis por esta segregação, foram extintas no mesmo dia da aquisição? Que segregação é essa que não dura sequer um dia? E mais, por que os Grupos OPPORTUNITY e FINK teriam intenção de segregar um investimento que já detinham de forma direta? Vale lembrar que, antes da aquisição, o Grupo OPPORTUNITY detinha 22,73% das ações da SANTOS-BRASIL, e o Grupo FINK, 12,51%.

Por último, acerca da afirmação de que a extinção das “empresas veículos” teve como objetivo a simplificação societária a fim de obter sucesso na futura oferta pública de ações, destaca-se que a solução pretendida pelo contribuinte decorre de um problema que ele próprio deu causa. Em resumo, ele afirma que o grupo econômico tinha que simplificar uma estrutura que ele próprio criou. E mais, complexidade esta que foi criada no mesmo dia em que foi extinta.

Portanto, demonstra-se que o recorrente não consegue demonstrar as razões extrafiscais que levaram à participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição das suas ações. Sem ter a necessidade de abordar qualquer aspecto de ingerência empresarial, os argumentos propostos pelo recorrente são completamente falaciosos. Eles não suportam uma simples comparação com os fatos.

No que tange ao entendimento de que a publicidade e a regularidade dos atos praticados pelo contribuinte afastam o seu evidente intuito doloso, ressalta-se que tais aspectos de validade dos atos artificiais praticados são necessariamente parte integrante da simulação praticada. Por certo, não existindo essa publicidade e regularidade, o contribuinte não teria agido de forma simulada, com a intenção de declarar uma vontade diversa da sua real intenção.

Sem atos válidos, o contribuinte não teria praticado simulação, mas sim erros grosseiros, pois os atos formais praticados sequer existiriam.

Portanto, ao invés de afastar o dolo, o cumprimento de todos os requisitos de existência, validade e eficácia dos atos formais praticado atestam tal aspecto. Demonstram o evidente intuito do contribuinte em fazer com que o Fisco incorresse em erro no momento da apuração do fato gerador dos tributos.

Por fim, acerca do Parecer elaborado por Nelson Carvalho, chama-se atenção para o fato de que, de acordo com a parte inicial do referido documento, ele não serve para demonstrar a boa-fé do contribuinte. Isso porque, conforme o parecerista informa no início de sua peça, a ele foi prestada a informação de que “(ii) após a concretização dessas transações, as adquirentes (responsáveis, de forma direta ou indireta, pelo pagamento de ágio) serão incorporadas pela Santos-Brasil (a até então “controlada”), através de transação denominada “incorporação reversa””. Ou seja, o parecerista emitiu sua opinião a favor da dedutibilidade do ágio com base na informação de que as reais adquirentes seriam incorporadas pelo contribuinte. Com efeito, ao dizer

que as adquirentes seriam aquelas empresas responsáveis de forma direta ou indireta pelo pagamento, o parecerista fez expressa menção à origem do pagamento.

V – Da responsabilidade solidária da SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em face da incorporação do patrimônio cindido do contribuinte.

a) Da responsabilidade no caso de cisão.

Como primeiro ponto de insurgência, acerca da ausência de responsabilidade tributária em face de cisão empresarial, destaca-se que tanto a jurisprudência administrativa como a judicial já sedimentaram entendimento de que essa modalidade de mutação empresarial, em que pese não estar prevista expressamente no artigo 132 do CTN, se submete a essa norma específica.

Com efeito, não há qualquer motivo razoável que justifique a exclusão dessa modalidade dos efeitos pretendidos pelo artigo 132. Caso tal exceção fosse possível, sem sombra de dúvidas não haveria mais fusões, transformações ou incorporações, mas apenas “cisões” com os mesmos efeitos, as quais seriam realizadas tão somente para livrar as empresas resultantes da responsabilidade tributária sobre os débitos então existentes.

Outrossim, vale ressaltar o conteúdo do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.598/1972, o qual estabelece de forma expressa a responsabilidade solidária da pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra em face de cisão parcial:

(...)

Outrossim, valem ser registrados dois aspectos. O primeiro deles envolve o fato de que, de acordo com o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da SANTOS-BRASIL, em face da cisão, a SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES passou a suceder de forma universal em todos os direitos, bens e obrigações da SANTOS BRASIL compreendidos na parcela cindida. E mais, após a cisão, a SANTOS BRASIL permaneceu apenas com R\$ 10 mil em seu caixa. Ou seja, de acordo com o próprio Protocolo de Cisão, a SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES é responsável solidária pelo patrimônio que era da SANTOS BRASIL e foi beneficiado pela dedução indevida do ágio aqui discutido. Tendo a SANTOS BRASIL permanecido com apenas R\$ 10 mil, por óbvio que a parcela do seu patrimônio beneficiada pelo ágio foi absorvida pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES.

Como segundo aspecto, destaca-se o fato de que a cisão parcial do patrimônio da SANTOS BRASIL seguida da incorporação pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES, ocorreu quase um ano depois do início do procedimento de fiscalização que deu ensejo ao presente

processo administrativo. Com efeito, tendo recebido o Termo de Início de Ação Fiscal em 20/12/2010, a cisão ocorreu no dia 15/09/2011. Ou seja, praticamente cometendo uma fraude contra credor (Fazenda Nacional), o contribuinte pretendeu dissipar o seu patrimônio a fim de evitar que ele respondesse por eventuais débitos fiscais.

Sendo assim, não há como negar a caracterização da SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES como responsável solidário dos débitos aqui discutidos. Além de ter assumido documentalmente tal ônus, pela data em que a cisão ocorreu e o início do procedimento de fiscalização que deu origem ao presente processo, a sua responsabilidade, além de legal, é justa.

(...)”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior

O recurso voluntário interposto por Numeral 80 Participações S/A é tempestivo e foi subscrito por mandatários com poderes para tal, conforme procuração a fls. 2567/2568, razão pela qual dele conheço. Frise-se, novamente, que a responsável solidária, Santos Brasil Participações S/A, não interpôs recurso voluntário, embora devidamente intimada da decisão de primeira instância.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Em preliminar de mérito, alega a recorrente que: *“Assim, não poderia o Sr. Auditor Fiscal questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu, repita-se, em 2006, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre o fato que propiciou o surgimento do ágio em 2006 e a lavratura dos autos de infração em questão (12/12/2012)”*

Trata-se de um rotundo equívoco da recorrente, pois a decadência, como perda do direito potestativo de o Fisco efetuar o lançamento tributário, tem sempre como baliza, seja diretamente (art. 150, § 4º, do CTN) ou indiretamente (art. 173, I, do CTN), o fato gerador do tributo. Pelo art. 150, § 4º, do CTN, o *dies a quo* do prazo decadencial é a própria data do fato gerador do tributo, já, na regra do art. 173, I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o Fisco poderia lançar, o que exige também que primeiro identifiquemos a data do fato gerador do tributo, para depois concluir quando o Fisco poderia ter efetuado o lançamento.

Ora, o recorrente tenta alterar a disciplina legal para sustentar que o marco do prazo decadencial tributário seria o fato gerador do ágio contabilizado, ou seja, a data do evento do qual resultou o registro contábil do ágio, o que é totalmente infundado. O fato gerador que fixa a decadência tributária é aquele que faz nascer o tributo e, o pagamento do ágio em 2006 não gerou qualquer impacto nas bases tributáveis do investidor naquele momento.

Ademais, a despesa com amortização do ágio é apenas um elemento que irá compor a base tributável do fato gerador em tela, sendo que todos os elementos que compõem tal base tributável são auditáveis pelo Fisco, logicamente, dentro do prazo decadencial fixado no CTN. É, por isso, que o legislador ordinário previu a obrigatoriedade de o contribuinte guardar a documentação comprobatória de eventos que possam impactar resultados tributáveis futuros, se não vejamos como dispõe o art. 37 da Lei 9.430/96.

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Por essas razões, voto por afastar a preliminar de decadência.

DO MÉRITO

A situação fática pode ser assim sintetizada:

1º A Multi STS e a RK (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório), ao invés de adquirirem diretamente as participações que o Fundo CVC, a FIA, a PREVI e a SISTEL detinham na recorrente, elas o fizeram por meio de empresas que depois vieram a ser absorvidas pela recorrente e, conseqüentemente, o ágio pago passou a ser amortizado na recorrente.

2º Para melhor compreensão dos meus pares, alerto que o PW237 (Grupo Dório) não fazia parte do quadro societário da recorrente inicialmente, sendo que passou a fazer parte, indiretamente, a partir do momento que suas controladas Howland e Strelícia adquiriram a participação na recorrente.

3º Vale ressaltar que o ágio foi pago pela Bilimbi, Vítex, Hermosa, Howland e Strelícia a pessoas jurídicas desvinculadas dos grupos compradores (Opportunity, Fink e Dório), ou seja, ao Fundo CVC, FIA, PREVI e SISTEL. Assim, mesmo para aqueles que glosam a despesa com ágio interno antes da Lei 12.943/14, neste caso, não há que se falar que o ágio era interno aos grupos. Isso pode ser constatado da própria tabela constante do TVF a fls. 2318.

DA INFRAÇÃO IMPUTADA

Assim, essa é mais uma autuação que envolve discussões sobre a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, sendo importante ressaltar que o caso *sub examine* não se configura como operação casa-separa nem envolve discussão sobre ágio interno, já que se resume unicamente à alegação de uso de empresas veículos na situação retro mencionada.

Antes de analisar qual a infração imputada à recorrente, cabe alertar que o julgamento no âmbito do CARF é de cognição restrita. O próprio RICARF e a Súmula nº 2 já vedam qualquer juízo de constitucionalidade de lei. Na verdade, isso decorre do fato de que a atividade dos colegiados do CARF não passa de mero controle de legalidade dos lançamentos tributários. **Assim, ou se demonstra que a operação está maculada por alguma patologia**

jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.

Da leitura do TVF, constata-se que a infração imputada à recorrente tem como ponto fulcral a alegação de que as pessoas jurídicas Vítex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa eram empresas “veículos” e, assim entendendo, os autuantes concluem que não teria ocorrido a incorporação que autorizaria a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio na recorrente, pois quem teria efetivamente pago o ágio seriam a Multi STS (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório) e, não, as pessoas jurídicas (controladoras) que foram incorporadas pela recorrente (controlada). Vejamos, então, alguns trechos do TVF:

“145. As empresas Vítex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, conforme constam nas DIPJ 2006, ano-calendário 2006, informaram que não possuíam empregados, e que, além das despesas decorrentes das aquisições societárias, tais como, IOF, CPMF, despesas cartoriais e de publicações, não realizaram despesas operacionais a título de Remuneração a Dirigentes, de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício, de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, de Aluguéis, etc. As fichas 4A e 5A, onde são informados os custos e despesas incorridas pela empresa, estão praticamente zeradas.

146. Ora, se estas empresas não remuneraram dirigentes e não possuíam qualquer despesa a título de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, quem foi o executor dos serviços para constituição da empresa, dos serviços contábeis, dos serviços bancários, etc? Como foi possível a contratação desses serviços? Houve prestação de serviço sem remuneração? Os dirigentes trabalharam sem remuneração?

147. O fato é que as empresas Vítex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, não possuíam qualquer estrutura operacional e administrativa. Foram adquiridas apenas para servirem de veículos entre os reais investidores Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 e os acionistas retirantes da Santos Brasil: o Fundo CVC, Previ, Sistel e Fia, repassando-lhes os recursos financeiros oriundos de seus reais controladores ou obtidos no mercado financeiro graças a intervenção destes.

(...)

165. Face as análises efetuadas por esta auditoria fiscal conclui-se que os valores amortizados a título de ágio decorrente da incorporação da Vítex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia pela Santos Brasil são indedutíveis para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.

166. Seja pelo fato de que a interposição de uma sociedade com a única finalidade de servir de empresa veículo para registrar o ágio pago em uma operação, ao invés da utilização da real investidora, e logo em seguida efetuar a incorporação desta empresa veículo pela investida, com o único intuito de promover a redução da carga tributária.

167. Ou seja pelo fato desta operação não ter o condão de extinguir a participação societária, haja vista que quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permaneceram inalterados na controladora original.”

Antes de analisarmos o enquadramento jurídico dado a tal imputação, cabe, desde já, lembrar que uma companhia pode ser constituída apenas para participar de outras

pessoas jurídicas sem qualquer atividade operacional, se não vejamos como dispõe o § 3º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, *in verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

(...)

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.**

No entanto, os autuantes alegam que as Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia não tiveram despesas com dirigentes nem de qualquer outro tipo, inclusive com empregados, o que as configurariam como “empresas veículos”. Assim, vejamos agora como foi enquadrada a conduta das controladoras pelo uso das ditas empresas veículos. Observo que me refiro a “ditas empresas veículos”, pois falta à expressão “empresa veículo” uma base conceitual doutrinária e jurisprudencial, mas principalmente legal, razão pela qual o sucesso da autuação depende basicamente da demonstração, pelos autuantes, de que tal conduta se configura em algum ilícito previsto em lei.

DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFRAÇÃO

Ora, a autoridade fiscal enquadrando a conduta das controladoras das ditas “empresas veículos” como simulação, abuso de direito e fraude à lei, em um verdadeiro rosário de patologias jurídicas, se não vejamos o parágrafo 176 do TVF, *in verbis*:

176. Essas operações, apesar de formalmente lícitas, são desprovidas de substância essencial ao negócio, **vez que a vontade expressa materialmente não corresponde a subjetivamente acordada entre as partes**. Na verdade trata-se de atos intrinsecamente vazios, cuja **única intenção é contornar norma impositiva tributária**, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linha gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.

177. Vale lembrar que, com o advento do Código Civil veiculado pela Lei nº 10.406, de 2002, o abuso do direito passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187 “*in verbis*”:

178. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Ora, no parágrafo 176, os autuantes falam em divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada, o que é um elemento da simulação, porém, mais a frente,

falam em intenção de contornar norma impositiva, o que seria então fraude à lei, para, no parágrafo seguinte, tratar de abuso de direito. Decerto que, embora não seja a regra, a simulação relativa pode coexistir com a fraude à lei, mas já é mais controverso o enquadramento da mesma conduta como simulação e abuso de direito. De qualquer sorte, cabe analisarmos cada um desses enquadramentos jurídicos dado às condutas das controladoras.

DA FRAUDE À LEI

Assim, fica claro que os autuantes caracterizam a conduta das controladoras tanto como fraude à lei como simulação. Sobre a possibilidade de coexistência da simulação com a fraude à lei, vale a transcrição do seguinte excerto da obra de Beleza do Santos (A Simulação em Direito Civil, Lejus, 1999), *in verbis*:

“A fraude à lei deve distinguir-se da simulação, porque tem configurações jurídicas diversas. Uma e outra não representam situações que necessariamente se excluam, que não possam coexistir. Mas, se é certo que elas podem encontrar-se simulataneamente no mesmo ato jurídico, também o é que, num grande número de casos, pode haver simulação sem fraude à lei, e fraude à lei sem que simulação exista. É que a simulação nem sempre é fraudulenta, podendo simular-se sem que se procure iludir a lei, sem que de fato a lei seja infringida, da mesma maneira que pode usar-se da fraude à lei sem que se empregue a simulação para tal fim.

(...)

Pode, porém, violar-se a lei por uma forma indireta, insidiosa, respeitando-se aparentemente, mas iludindo-se na realidade os seus preceitos, não se atacando o seu texto, mas falseando-se-lhe o espírito, procurando conseguir-se, obliquamente, um resultado que por meios diretos não se pode alcançar, porque expressamente os proíbe o texto legal que se procura iludir.”.

Inicialmente, cabe verificar que estamos tratando de um conjunto normativo feito sob medida para o aproveitamento do ágio, conforme já me manifestei em outros julgamentos neste CARF, se não vejamos o seguinte histórico da evolução normativa:

O Decreto-Lei 1.598/77 dispunha, no seu art. 34, que, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituísse seria computado na determinação do lucro real, como perda de capital dedutível, a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado. Facultativamente, o contribuinte, para efeito de determinar o lucro real, podia optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos. Então, a diferença entre o valor contábil registrado na investidora e o valor a preço de mercado da incorporada constituía uma perda de capital dedutível da base tributável em caso de fusão, cisão e incorporação.

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor

de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

Vale salientar que, durante muito tempo não se admitiu ágio ou deságio na subscrição de ações, algo que veio começar a ser aceito com uma mudança de entendimento da CVM, se não vejamos o seguinte excerto da Nota Explicativa CVM nº 247/96, *in verbis*:

“7 - DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL
Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações. Até algum tempo atrás, era entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital. Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificou-se que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.”

Certo que o posicionamento da CVM não teria o condão de alterar a legislação tributária, mas tal entendimento terminou sendo absorvido pela legislação tributária, a qual começou a tratar como ágio a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações e, mais do que isso, a considerar a existência de ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.

Valendo-se disso, muitos contribuintes praticaram simulações fiscais conhecidas como “operação casa-separa”, a qual permite a alienação de ativos sem o oferecimento à tributação do ganho de capital por parte do alienante e com a criação de ágio amortizável na adquirente. Isso tudo só foi possível devido a mudança de entendimento da CVM sobre ágio na subscrição que a RFB não se posicionou contrariamente. Note-se que essa simulação fiscal (casa-separa) não geraria o ágio amortizável se continuássemos a tratá-lo como perdas por variação de participação societária.

Ora, com a subscrição de ações, a uma assunção de dívida pelo subscritor, sendo que a integralização do capital pode ser feita pela entrega de bens (dação em pagamento) ou pelo simples pagamento em dinheiro. Assim nasceu, ainda dentro do processo de privatização das empresas estatais, um novo pleito que consistia em fazer com que o ágio passasse a ser gerado por mero laudo de avaliação em conferência de ações, ou seja, evitando que o investidor tivesse que desembolsar recursos financeiros na aquisição das estatais. Isso seria possível, por exemplo, se o investidor pudesse integralizar capital na estatal com ações de uma terceira empresa, avaliada acima de seu valor patrimonial. Todavia, se ações dada em pagamento estavam contabilizadas por um valor menor do que aquele que lhe foi conferido, haveria ganho de capital a ser tributado. Como então remover esse obstáculo?

Em 1991, em pleno processo de privatização do Governo Collor de Mello (Lei 8.031/90), a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emite o Parecer PGFN nº 970/1991, o qual colocou em dúvida até a possibilidade de se tributar o ganho de capital auferido quando se dá, em integralização, um ativo contabilizado por um valor menor que o valor das cotas/ações integralizadas, se não vejamos:

“8. Por outro lado, o imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza, segundo preceitua o art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66). Como o conceito de renda é um conceito econômico e até hoje sem nítidos contornos, temos que o referido imposto incide sobre a percepção de uma renda segundo critério jurídico. Isto significa que só são considerados renda ou proventos os que a lei define como tais, coincidam ou não com o conceito econômico.

9. Ora, como demonstramos, os particulares e o Estado participam de uma operação de troca (permuta), pois os participantes do leilão também buscam trocar títulos públicos por participações acionárias das estatais, e, dessa forma, afastar-se-ia a preocupação dos reflexos na licitação (leilão), pois o objetivo final dele não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos.

(...)

15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca,

creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e a própria base de cálculo.

(...)

16. É evidente que o momento não seria aquele da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão, existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).

17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, não haveria disponibilidade líquida do contribuinte, e, em consequência, naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada; evidentemente não é a hipótese sob exame.”

Com a devida vênia da douta PGFN, órgão mercedor das mais elevadas considerações e respeito, tal Parecer era frágil juridicamente, pois não havia como negar o ganho de capital na espécie, tanto que se fez necessária a edição de uma norma para diferir a tributação de tal ganho, se não vejamos o art. 65 da Lei 8.383/91, *in verbis*:

“Art. 65. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação:

§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.”.

Agora, no ano de 2015, o Ministro de Estado da Fazenda aprovou o Parecer/PGFN/CAT/Nº 1722/2013 que, nas suas conclusões, sustenta que: “39.1. o entendimento consubstanciado no Parecer/PGA/Nº 970/91 restringe-se ao âmbito do PND, não podendo ser estendido a situações outras que não aquelas especificamente tratadas no referido opinativo”. Esta foi apenas uma maneira eufemística de a douta PGFN reconhecer seu

erro, pois não seria o PND que transformaria em permuta o que era uma dação em pagamento, nem seria ele (PND) que iria fazer desaparecer o ganho de capital, mas apenas o art. 65 da Lei 8.383/91, o qual, aí sim, limitou seu alcance às operações dentro do PND.

Todavia, agora abre-se um parêntese, pois somente mais a frente é que veremos que a tentativa de neutralizar a tributação do ganho de capital, quando da integralização de capital com a dação de bens em pagamento, não findou com o art. 65 da Lei 8.383/91, mesmo porque é de se notar que o art. 65 limitava a dação a títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União.

No final de 1994 é publicada a MP 812/94 (posteriormente convertida na Lei 8981/95), a qual altera o regime de compensação de prejuízos fiscais, pois abandona o limite temporal e adota o limite quantitativo. Tal alteração veio se tornar, posteriormente, fundamental para o planejamento com ágio em tela, isso porque o valor amortizável dos ágios era tão elevado, em muitos casos, que dificilmente o contribuinte teria lucro para absorver a despesa em 4 anos (período máximo para compensação de prejuízos no regime anterior), razão pela qual essa alteração permitiu que a despesa de ágio se transformasse em saldo de prejuízos fiscais compensáveis *ad perpetuam*.

No ano de 1995, o art. 21 da Lei 9.249/95 veio amplificar o ágio amortizável (ou a perda de capital na dicção do art. 34 do DL 1598/77), pois, ao contrário do previsto no art. 34 do DL 1598/77, passou a ser possível avaliar a investida a ser incorporada pelo seu valor contábil.

Note-se que, pelo art. 34 do DL 1.598/77, já era autorizada a dedutibilidade da diferença entre o valor contábil do investimento e do seu acervo líquido incorporado (avaliado a preço de mercado) como perda de capital dedutível (de uma vez só ou amortizável em 10 anos), logo não foi o art. 7º da Lei 9.532/97 que tornou dedutível o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Todavia, a Lei 9.532/97 ainda facilitou mais o processo de privatização, ao dispor no seu art. 8º que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada (estatal privatizada) - *downstream merger*¹. Isso era fundamental para preservação do direito à compensação do saldo de prejuízos fiscais acumulados pela estatal privatizada, já que o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/86 veda à pessoa

¹ Do ponto vista societário, vale ressaltar que antes mesmo da Lei 9.532/97, a incorporação da investidora pela investida (*downstream merger*) já tinha sido admitido, ainda que sem legislação que a previsse, pelo Parecer MICT/CONJUR nº 113/96. Tal parecer veio por fim a posicionamento como da Junta Comercial do Rio de Janeiro que indeferia o arquivamento de atos de incorporação reversa por entender que ela não teria sido prevista na Lei 6.404/76 (Lei das S/A) e que sua implementação caracterizaria hipótese de negociação com as próprias ações, vez que implicaria a aquisição destas pela sociedade incorporadora, o que seria vedado pelo disposto no art. 30 da Lei das S/A, salvo exceções taxativamente previstas no § 1º do referido artigo. Por sua vez, o Parecer MICT/Conjur nº 113/96 sustentou que: “*Embora não expressamente prevista na lei, é possível a incorporação de sociedade controladora por sua controlada. Não tem aplicação ao caso o disposto no art. 30 da Lei das S.A. (o qual proíbe à companhia negociar com as próprias ações), por se tratar de sucessão universal. As ações ou quotas que a sociedade incorporada possuir do capital da incorporadora, devem ser extintas, podendo, porém, permanecer em tesouraria, até o limite dos lucros acumulados e reserva, exceto o legal, por aplicação analógica do disposto no art. 226, § 1º, da Lei 6.404/76*”.

jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar prejuízos fiscais da sucedida. Logo, com a incorporação reversa estava garantido também a compensação dos saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL acumulados pela estatal privatizada antes da privatização. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sem se perder o estoque de prejuízos fiscais da antes controlada e agora incorporadora.

Até esse momento a legislação fiscal só permitia que se transferisse para a empresa operacional adquirida o ágio efetivamente pago a terceiros, o que vulgarmente denomina de transferência de ágio externo.

Todavia, consulta formulada à Cosit em 2002, por uma importante entidade de âmbito nacional, a qual coube-me o exame, sustentava que, em uma situação em que uma Companhia 1 fosse integralizar capital em uma Companhia 3 com a conferência de ações de uma Companhia 2, poderia resultar em ágio na Companhia 3 e nenhum ganho de capital na Companhia 1.

Sustentava o Consultante que, se o preço de emissão das novas ações da Companhia 3, a serem subscritas pela Companhia 1 como resultado da conferência das ações da Companhia 2, fosse fixado levando-se em conta o valor econômico das próprias ações conferidas (ou seja, ações da Companhia 2 avaliadas acima do seu valor patrimonial, ou seja, com ágio), de forma que a cada ação da Companhia 2, conferida ao capital da Companhia 3, corresponda 1 ação da Companhia 3, não havia que se falar em ganho de capital, pois, em seus registros contábeis, a Companhia 1 deveria proceder a uma mera substituição em sua conta de investimentos, substituindo em seus registros a contabilização de ações representativas de um investimento na Companhia 3. Não obstante a redação final da solução de consulta não fosse mais exatamente a, por mim, proposta, prevaleceu a idéia central no item b das conclusões:

“b) não se pode depreender da inteligência do art. 434 do RIR/99 que a companhia, pelo simples fato de ter elaborado laudo de avaliação do ativo, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404/76, esteja obrigada a levar a registro em sua contabilidade eventual mais-valia apurada no valor do investimento, desde que o lote de ações da Companhia 2, que se afirma ter o mesmo valor das ações a serem integralizadas da Companhia 3, seja incorporado ao patrimônio da Companhia 3 pelo valor contábil registrado na escrita da Companhia 1;”

Ao se exigir que, *in casu*, as ações da Companhia 2 fossem registradas, na Companhia 3, pelo valor contábil registrado na Companhia 1 e que tal valor fosse exatamente o mesmo valor de emissão das ações da Companhia 3, indiretamente, estava sendo dito que não poderia existir ágio na aquisição das ações da Companhia 2 pela Companhia 3, sem que houvesse um ganho de capital tributável na Companhia 1.

Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66

teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.

Em 2005, coube-me redigir proposta da RFB de revogação do art. 36 da Lei 10.637/02, proposição essa que foi inserida na MP 255/05 e que previa não só fim do diferimento da tributação de tal ganho de capital, como também uma tributação mínima anual (caso não houvesse a realização do investimento) do ganho já diferido e controlado na Parte B do Lalur. O Congresso Nacional achou por bem apenas revogar o art. 36, sem disciplinar como se daria a tributação dos ganhos de capital que já tinham sido diferidos. Tal fato veio reforçar a ideia de que tudo aquilo tinha sido feito para o processo de privatização, razão pela qual, findo o processo, poderia ser revogada a norma, mas não tributar o passado (ganhos de capital diferidos controlados no Lalur)

Ora, realmente entendo toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal², com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor, nem muito menos interpretado como fraude à lei.

Ademais, no caso concreto, cabe perquirir, qual a norma legal que proibiria o aproveitamento do ágio na recorrente se a participação nela tivesse sido adquirida diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237 e, posteriormente, essas tivessem sido incorporadas por ela? Nenhuma norma tributária seria violada se a operação tivesse se dado da forma como os autuantes entendiam ser a forma direta. Vejam que se a aquisição tivesse se dado diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não vedariam o aproveitamento do ágio na recorrente caso ela incorporasse essas empresas. Assim, repito a pergunta: qual norma tributária foi fraudada? Nenhuma.

DA SIMULAÇÃO

Por sua vez, os autuantes alegam que:

“173. A par de todo o ocorrido, tampouco as participações detidas pelos reais investidores — Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 - na Santos Brasil saiu-lhes das mãos e foram para terceiros. No curto lapso temporal de existência formal das interpostas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, os reais investidores permaneceram tendo o efetivo controle econômico e administrativo da Santos Brasil, vez que conforme os Acordos de Acionistas, elegiam seus conselheiros e administradores e consequentemente

² Certamente, que o destinatário de todas essas alterações normativas foram os licitantes dos pregões de empresas estatais, mas, em uma República, a norma beneficia a todos se o legislador não a excetuou.

representavam-na perante terceiros (fornecedores, bancos, órgãos públicos, etc).”

Esse parágrafo como também outros do TVF, especialmente o parágrafo 176, deixa claro que os autuantes também sustentaram que houve simulação relativa na conduta dos controladores, ou seja, que simularam a aquisição da participação na recorrente por intermédio da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, para dissimular a aquisição direta por elas (Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237). Analisemos essa questão.

Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda - o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelos autuantes ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.

Sobre a diferença entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, vale a transcrição do seguinte excerto da lavra do ex- Ministro Moreira Alves, em parecer apresentado em outro processo que tramitou neste CARF, *in verbis*:

"Assim sendo, tem razão a imensa maioria da doutrina quando acentua, como o faz Domingues de Andrade, que o negócio jurídico sempre se distinguirá da simulação (relativa), uma vez que as partes querem verdadeiramente o negócio-meio, com os efeitos que lhes são próprios, embora só para conseguirem através dele um resultado prático diverso do que lhe é normal, ou, como, em substanciosa monografia sobre a simulação nos negócios jurídicos, refere Distaso, aderindo à posição de Pugliese no sentido de que a decisiva diferença entre negócio indireto e o negócio relativamente simulado é que 'o negócio indireto é um negócio real, empregado efetivamente pelas partes como meio para alcançar o escopo ulterior, que não se realiza na verdade através de um negócio diverso daquele que aparece celebrado, enquanto, no caso de simulação relativa, o negócio simulado não é senão uma forma negocial aparente diversa da forma negocial que assume a intenção realmente perseguida pelas partes'.

(...)

Em suma, como enfatiza Domenico Barbero, quanto ao negócio jurídico indireto, e a observação se aplica como luva ao caso sob exame, 'não há simulação, porque nada é fingido, tudo é real e realmente querido', inclusive - acrescento - as consequências jurídicas de cada um dos negócios que integraram essa combinação de negócios com escopo indireto ora sob consulta.

4. No tocante ao segundo quesito - 'Não sendo simulação, a negociação feita através dos atos descritos na consulta é válida perante o direito privado? -, respondo que, não tendo havido simulação no caso,

como salientei na resposta ao quesito anterior, é válida perante o direito privado, a negociação que foi feita por meio da combinação dos negócios com escopo indireto objeto da presente consulta.

Não existindo simulação, não há também, na espécie sob exame, a ilicitude que resulta da figura da fraude à lei, mas se impõem que se faça a análise a respeito dela, porquanto, como observa Domenico Rubino, o negócio indireto se presta perfeitamente a torna-se instrumento da fraude: quando o seu resultado ulterior é proibido, tem-se um negócio *in fraudem legis*."

Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, seja agora ato ilícito.

Ademais, três são os requisitos da simulação relativa no campo cível: primeiro, a divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada; segundo, um acordo simulatório; e terceiro, o negócio simulado ter por objetivo enganar terceiros estranhos a ele. Ocorre, que a simulação fiscal, assim entendida aquela que tem efeitos no campo tributário, requer um quarto elemento, qual seja, que o ato dissimulado seja tributariamente mais oneroso do que o ato simulado, pois, se assim não for, pode até ser simulação, mas não terá qualquer efeito nas relações tributárias.

Ora, no presente caso, conforme tudo que já foi sustentado, fica claro que a aquisição direta pelas Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 poderia gerar o aproveitamento do ágio, desde que houvesse a incorporação dessas pessoas jurídicas pela recorrente, logo, o dito ato dissimulado não seria mais oneroso que o ato simulado.

DO ABUSO DE DIREITO

Ora, verificado acima que os atos praticados não se enquadram no conceito de fraude à lei ou simulação, verifiquemos se seria cabível enquadrá-los como abuso de direito.

Preliminarmente, vale a transcrição do seguinte excerto do TVF:

179. Após o Código Civil de 2002, como o abuso de direito **passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito**, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

A natureza jurídica do abuso de direito não é tão tranquila como o atuante faz crer, pois a doutrina pátria tem se dividido em duas correntes, uma que sustenta que o abuso de direito é uma categoria autônoma e outra que entende que é apenas uma modalidade de ato ilícito. Nesse sentido, Venosa (in Direito Civil, ed. Atlas, 4ª ed., p. 621) professa que:

“A doutrina tem certa dificuldade em situar o abuso de direito em uma categoria jurídica.

Primeiramente, a teoria ora tratada foi colocada em capítulo **‘Da responsabilidade civil’, como simples expansão da noção de culpa. Também foi o abuso do direito situado como categoria autônoma, uma responsabilidade especial, paralela ao ato ilícito.**”

Sobre isso também, vale trazer a lume artigo da lavra de Dinalva Souza de Oliveira (na sítio: ambito-jurídico.com.br) que bem resume diversos posicionamentos da doutrina nacional:

“A questão que se coloca é saber se em razão de se adotar uma ou outra corrente, no que se refere à natureza jurídica do abuso de direito, há alteração nas consequências jurídicas daí decorrentes.

Entre os defensores do entendimento que o abuso de direito se trata de categoria autônoma, cita-se (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 256), para os quais o abuso de direito

“É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo”.

Na mesma linha, Heloísa Carpena (2002) apud Farias e Rosenvald (2012, p. 682) afirma que *“o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, porém, não pode ser considerado como um ato ilícito, devendo ser classificada como uma forma autônoma de antijuridicidade.”*

Registra-se ainda que segundo escólio de FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 683:

“O legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.”

Em sentido contrário, Paulo Nader entende que o abuso de direito

*“É espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. É equivocado pretender-se situar o abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no *iuspositum* e nos pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta*

desdobra-se no âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito” (NADER, 2004, p. 553)

Pode-se afirmar que ainda há uma **terceira via**, capitaneada por **Flávio Tartuce (2004) apud Villas-Bôas (2013)** o qual visualiza no abuso de direito a natureza jurídica mista, híbrida. Portanto, **“o abuso de direito seria um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas conseqüências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo”**

Conforme cabalmente demonstrado, de forma majoritária, doutrina e jurisprudência seguem o entendimento de que para a configuração do ato abuso de direito, **é dispensável o elemento culpa.**”.

Ora, a depender do posicionamento doutrinário que se adote fica afastada a teoria do abuso do direito no campo tributário, pois, se, como sustenta Flávio Tartuce, **é um ato ilícito pelas conseqüências**, teríamos então uma dificuldade na sua aplicação no campo tributário, já que pelo inciso II do art. 118 do CTN, os efeitos legais dos fatos efetivamente ocorridos são irrelevantes para a definição do fato gerador.

Não obstante, antes mesmo da entrada em vigor do art. 187 da Lei 10.406/02, já se discutia o abuso de direito no campo tributário, quando da discussão da inserção do parágrafo único no art. 116 do CTN, pela Lei Complementar 104/01. Sobre isso, importante a transcrição do seguinte trecho de artigo publicado por Vitório Cassone (no site: www.agu.gov.br/page/download/index/id/892382), *in verbis*:

A “justificação” do anteprojeto que resultou na LC 104 (Ofício SRF/GAB nº1.594/99, de 08.09.1999), é versada nos seguintes termos:

“5. A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário adotados com abuso de forma ou de direito.”

Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe:

Art. 116. *Omissis*.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.**

Ora, se este era o instrumento de que podia se valer o Fisco para desconsiderar os atos de abuso de direito praticados pelos controladores das ditas “empresas veículos”, comprometida estará a autuação, por ser inaplicável tal parágrafo único enquanto

não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para tal desconsideração dos atos abusivos.

Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional. Ora, à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

Observe-se que é totalmente justificável a preocupação do legislador complementar ao exigir que a lei ordinária disciplinasse os procedimentos para que o Fisco pudesse desconsiderar atos abusivos, tendo em vista que, ao contrário do abuso de direito no campo cível que ocorre em uma relação de coordenação entre particulares; no campo tributário, há sempre uma relação de subordinação, na qual em razão do interesse público é conferida uma superioridade ao Estado Fiscal sobre o particular. Por isso, é necessário que se estabeleça procedimentos, para garantir o mais amplo direito de defesa ao contribuinte, em razão do enorme poder que foi conferido ao Estado Fiscal por uma norma de caráter excessivamente aberto.

Ademais, há que se ter em conta que a teoria do abuso de direito foi concebida dentro do direito privado, razão pela qual guarda certas incompatibilidades com o Direito Público, como observa Alberto Xavier (*in* Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, Ed. Dialética, p.107):

“A transposição da doutrina civilista do abuso de direito para o Direito Público, em especial para o Direito Tributário, merece severas objeções.

A primeira é a de que ela conduz a um grau de subjetivismo na aplicação da lei tributária incompatível com a segurança jurídica, nas suas vertentes de proteção da confiança da lei fiscal e de previsibilidade da ação estatal, pois comete a órgãos do Poder Executivo, que têm a primeira palavra na aplicação das normas tributárias aos casos concretos, a perquirição dos motivos da conduta negocial dos particulares, bem como a definição autoritária dos parâmetros da ‘adequação’, da ‘normalidade’ e da ‘razoabilidade’ dos modelos negociais por eles adotados.

Tal subjetivismo – ainda que nas mãos do mais competente, correto e leal funcionário – galará de justo temor todos os que realizam negócios menos tributados que outros. Será que a opção adotada foi elisiva? Como pensará o agente fiscal a respeito da adequação, usualidade ou razoabilidade da forma jurídica escolhida? Como avaliará tal agente o grau de preponderância, exclusividade ou concorrência dos motivos que conduziram à escolha?

A segunda observação é de que a doutrina do abuso de direito é cientificamente equivocada, pois transplanta para as relações de Direito Público entre o indivíduo e estado conceitos exclusivamente aplicáveis às relações entre particulares.

A doutrina do abuso de direito pressupõe direitos e relações *paritárias*, situadas horizontalmente no mesmo plano, e tem por objeto vedar que o exercício de um direito subjetivo por um particular atinja, por colisão, o direito subjetivo de outro.

Sucedo, porém, que as relações entre indivíduo e Estado não são relações paritárias, situadas horizontalmente no mesmo plano, nem o Estado é titular de direitos subjetivos suscetíveis de serem lesados pelo exercício de direitos dos particulares. As relações entre indivíduo e estado são relações entre “administrados” e titulares de poderes de autoridade, sendo por conseguinte relações, não entre direitos subjetivos, mas entre liberdades e competências ou poderes funcionais.

(...)

A única explicação histórica para o ingresso, no território fiscal, daquela doutrina só pode encontrar-se no espúrio conceito germânico de “abuso de formas” (*Missbrauch von Formen*) concebido por ideólogo nacional-socialista como instrumento de cerceamento da liberdade individual, conceito esse que ademais nada tem a ver com o conceito civilístico de abuso de direito, raiz francesa, mas sim com as variações que a autonomia da vontade pode imprimir aos modelos ou tipos clássicos de negócio jurídico.”.

Isso, por si só, já afastaria a imputação de abuso de direito com base unicamente no art. 187 do Código Civil em matéria tributária, mas vale a pena prosseguirmos para verificar se, ultrapassada essa questão, os atos praticados poderiam ser enquadráveis como abusivos.

Para a aplicação do art. 187 do Código Civil, teríamos que primeiro indagar, *in casu*, qual o direito que foi abusado? Segundo, quais seriam os limites econômicos ou sociais a serem observados? A resposta dos autuantes a tais perguntas encontram-se nos seguintes parágrafos do TVF:

“125. Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos. Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.

126. Procurou-se a seguir determinar a causa da operação realizada pela Santos Brasil como meio de alcançar o equilíbrio entre finalidade e funcionalidade, entre substância e forma negocial, para se interpretar o negócio jurídico.

127. Não basta a vontade dos acionistas da Santos Brasil e das empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, de se

submeterem a disciplina atinente ao ato formalizado. Deve estar presente a vontade evidenciada ao realizá-lo. Nesse sentido, o próprio Código Civil prevê que "*nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*" (art. 112).

128. Está-se questionando a criação das empresas veículos interpostas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, a aquisição com ágio de 64,76% das ações da empresa operacional Santo s Brasil pelas empresas interpostas, e a incorporação das mesmas pela empresa operacional apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o **fim prático a que o negócio se destinava: a redução do pagamento de tributos** através da dedução de encargos de amortização de um ágio proveniente de um investimento que não foi extinto.

129. A apreciação dos documentos apresentados pelo contribuinte **permitiu constatar a ausência de propósito comercial**, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada.”

Fica claro do texto acima que os autuantes se valeram da doutrina de Marco Aurélio Greco, autor que é citado em duas passagens do TVF e que também foi objeto do voto condutor da decisão recorrida.

Antes de verificarmos como Greco define abuso de direito no campo tributário, vale transcrever a opinião desse doutrinador sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN, revelada em palestra proferida na Escola Fazendária (transcrita na íntegra nos Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ano 2002), *in verbis*:

“A meu ver, essa é uma norma de eficácia limitada. O que significa? Ela só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.”

Nesse ponto, não divirjo do ilustre doutrinador. Todavia, retornando ao conceito de abuso de direito no campo tributário, vejamos que o pensamento de Greco coincide com os fundamentos do TVF, pois segundo sua doutrina (*in* Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária, ed. Dialética, p. 131, 1998):

“1.10. Ato com Finalidade exclusivamente Fiscal

No Brasil, entendo que esta possibilidade encontra base no ordenamento positivo, independentemente de novas determinações legais específicas neste sentido além das atualmente existentes, por decorrer dos princípios consagrados da Constituição de 1988 e da natureza da figura, tal como disciplinada no âmbito do Direito Privado. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios jurídicos privados somente poderá ocorrer se ele puder demonstrar de forma inequívoca que **o ato foi abusivo porque sua única finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.**”.

Assim sendo, o direito abusado é o direito de auto-organização da pessoa jurídica e do grupo econômico a que pertence, sendo que, no presente caso, o abuso teria se configurado porque os autuantes entenderam que a criação da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia teve como único finalidade a redução de tributos. Ora, este é um equívoco da autuação, se não vejamos o que se segue.

É incontestável que o ágio foi pago para terceiras pessoas que não faziam parte dos grupos econômicos a que pertenciam os adquirentes das participações negociadas. Assim, o ágio existiu e os próprios autuantes não negam tanto que afirmam o seguinte no TVF:

“65. O problema é que, ao lado do conveniente desconhecimento dos motivos que levaram a utilização das empresas recém-criadas e incorporadas, houve também o interesse em se beneficiar tributariamente, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foram criadas as Vitex, Bilimbi, Strelícia, Hermosa e Howland. Para forjar um pretense enquadramento nas condições do art. 386 do RIR/99. Assim, o Grupo de Investidores da Santos Brasil pretendeu atender o seu interesse empresarial e obter, por meio de organização societária sem propósito comercial (interposição de empresas veículos), vantagem tributária (amortização do ágio). **Se a aquisição das participações societárias da Santos Brasil tivessem sido efetuada diretamente pelo Grupo de Investidores, e neles permanecessem, somente seria atendido um dos interesses: O de ficar com os investimentos pelos preços adquiridos e sem a possibilidade de amortização fiscal do ágio.**”

Ora, se a OPP Fund, Multi STS, RK e PW237 tivessem adquirido diretamente a participação na recorrente, o que impediria a recorrente de incorporar as controladoras e passar a aproveitar o ágio? Não havia obstáculo no campo tributário. Logicamente, devia haver uma razão extratributária, possivelmente, de natureza empresarial, ou seja, seria difícil a recorrente – empresa operacional – incorporar *holdings* (OPP Fund, Multi STS, RK e PW237) controladas por três grupos diferentes. Agora, repito, não havia obstáculos de ordem tributária para que a recorrente aproveitasse o ágio após incorporar a OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, caso a operação se desse da forma como os autuantes entendem que tenha ocorrido.

Ora, se a operação não se deu da forma direta foi por razões extratributárias, logo, não há falar que houve abuso de direito nos atos praticados por OPP Fund, Multi STS, RK e PW237.

Assim, concluo que o fundamento central da autuação – que Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia eram “empresas veículos”- demonstrou-se frágil para justificar a desconsideração dos atos por elas praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos, pois, pelo menos, os autuantes não lograram demonstrar isso.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar os lançamentos do IRPJ e CSLL, inclusive da multa isolada, e, conseqüentemente, por considerar prejudicado o recurso de ofício.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator

Processo nº 16561.720177/2012-52
Acórdão n.º **1302-001.980**

S1-C3T2
Fl. 4.064
