



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16561.720177/2012-52
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9101-004.012 – 1ª Turma
Sessão de 12 de fevereiro de 2019
Matéria ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.
Embargante NUMERAL 80 PARTICIPAÇÕES S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NÃO CARACTERIZADAS. REJEIÇÃO.

Os embargos de declaração não podem ser utilizados para provocar reexame de questões de mérito. A contradição passível de embargos é a contradição interna entre a decisão e os seus fundamentos. Os embargos não têm por escopo sanar contradição entre a decisão e as razões defendidas pela contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e rejeitar os Embargos de Declaração.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Livia De Carli Germano, Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela contribuinte acima identificada, visando sanar alegado vício de contradição que estaria presente no Acórdão nº 9101-003.561, proferido por este colegiado na sessão de 05/04/2018.

O acórdão embargado apresenta a ementa e a parte dispositiva transcritas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a "empresas veículos" (ou avalizarem a obtenção de empréstimos bancários por estas) com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores (ou propiciaram sua obtenção ao avalizar a obtenção de empréstimos bancários) que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO À TURMA A QUO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais relativas às glosas das despesas de amortização de ágio, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Acordam, também, por unanimidade de votos, em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das matérias relacionadas a (i) decadência, (ii) inexistência de norma que determine a adição das parcelas de ágio amortizadas da base da CSLL, (iii)

multa isolada pelo não recolhimento de estimativas encerramento do ano calendário e concomitância, (iv) compensação de prejuízos fiscais e bases negativas; (v) incorreta recomposição dos saldos de prejuízo e base negativa pela fiscalização; (vi) juros sobre multa e (vii) solidariedade. Acordam, ainda, por maioria de votos, que a matéria multa qualificada não deve ser apreciada pelo colegiado de origem, vencidos os conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto e Flávio Franco Corrêa, que entenderam que essa matéria deveria ser apreciada pela turma *a quo*. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do §7º do art. 63 do Anexo II da Portaria MF 343/2015 (RICARF).

O alegado vício no acórdão embargado foi assim identificado pela contribuinte:

Da Contradição do Conceito de "Confusão Patrimonial" adotado pelo Voto Vencedor com relação às Parcelas Advindas de Financiamentos Investidas na Aquisição da Embargante pelas Empresas Vitex, Howland e Bilimbi.

Os embargos foram admitidos e encaminhados ao colegiado para exame de seu mérito, conforme o despacho exarado em 28/11/2018 pela Presidente da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, às e-fls. 4869/4878.

Para o processamento dos embargos, a contribuinte apresenta os seguintes argumentos:

- conforme se verifica do voto vencedor do acórdão embargado, em que pese tenha reconhecido a existência de diferença entre os contextos fáticos do presente caso (acórdão nº 1302-001.980) e o acórdão paradigma, concluiu que referidos acórdãos apresentariam semelhanças no que interessaria à discussão jurídica suscitada;

- de acordo com o voto vencedor do acórdão embargado, a divergência jurisprudencial entre os acórdãos consistiria na análise do cumprimento do requisito: "a absorção do patrimônio da investida pela investidora" para que o ágio associado à aquisição de participação societária pudesse ser utilizado para fins tributário, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Confira-se: [...];

- nota-se dos trechos destacados acima, que o entendimento do voto vencedor - partindo da premissa adotada no acórdão paradigma - é que somente pode figurar como investidora originária ou real - em cumprimento ao requisito da confusão patrimonial supostamente exigida pela legislação para fins de aproveitamento tributário do ágio - a empresa que "efetivamente acreditou na mais valia do investimento (...) desembolsou os recursos para aquisição da participação societária";

- posteriormente, o voto vencedor do acórdão embargado relata a origem dos recursos empregados pelas supostas empresas veículos Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia na aquisição da Embargante, *in verbis*: [...];

- como se vê, no que diz respeito às empresas Vitex, Howland e Bilimbi, o voto vencedor do acórdão embargado reconhece expressamente que parte dos recursos

utilizados para a aquisição da Embargante foram obtidos de financiamentos junto ao Credit Suisse, ou seja, adveio de recursos próprios (já que o empréstimo foi realizado por estas empresas);

- entretanto, em que pese o voto vencedor reconheça (i) que somente pode figurar como investidora originária ou real - em cumprimento ao requisito da confusão patrimonial - a empresa que "efetivamente acreditou na mais valia do investimento (...) desembolsou os recursos para aquisição da participação societária"; e (ii) que no caso concreto, parte dos recursos utilizados para aquisição da Embargante são provenientes de financiamentos (recursos tomados pelas adquirentes - logo, recursos próprios) realizados pelas supostas empresas-veículos, contraditoriamente, alega que no caso dos autos as investidoras reais não participaram da confusão patrimonial. Confira-se: [...];

- trata-se de entendimentos, à toda evidência, absolutamente contraditórios;

- ora, se somente configura como investidora originária ou real - em cumprimento ao requisito "confusão patrimonial" - a empresa que efetivamente acreditou na mais valia do investimento e desembolsou os recursos para aquisição da participação societária e, no presente caso, uma parcela dos recursos utilizados na aquisição da Embargante foram obtidos por meio de financiamentos (logo, recursos próprios dos tomadores do empréstimo) realizados pelas supostas empresas-veículos - como reconhecido pelo próprio Voto Vencedor, por certo que a confusão patrimonial está configurada, mesmo levando-se em conta a interpretação equivocada do acórdão embargado;

- ademais, nem se alegue, como faz crer o Voto Vencedor do acórdão embargado, que os empréstimos só ocorreram porque as dívidas estariam garantidas por empresas de grande porte (Embargante e empresas pertencentes aos grupos que a controlavam);

- tal entendimento é equivocado e não deverá prosperar;

- primeiramente, vale lembrar que as supostas empresas veículos estavam obrigadas a seguir os princípios de contabilidade geralmente aceitos por força do artigo 177 da Lei das S/A. Dentre tais princípios, está o princípio da entidade, segundo o qual o patrimônio da sociedade deve ser completamente separado do patrimônio dos seus sócios e acionistas;

- logo, não restam dúvidas que os valores advindos dos empréstimos realizados pelas empresas Vitex, Howland e Bilimbi e investidos na aquisição da Embargante representam recursos próprios de tais empresas, não sendo possível confundi-los com o patrimônio de seus grupos controladores em respeito ao princípio da entidade e, muito menos, de seus garantidores;

- isto porque, como se sabe, os fiadores não têm qualquer poder de decisão sobre o negócio que estão garantindo, pois são meros garantidores da obrigação assumida por terceiro;

- logo, o Voto Vencedor do acórdão embargado (i) ao entender que somente configura como investidora originária ou real - em cumprimento ao requisito "confusão patrimonial" - a empresa que efetivamente acreditou na mais valia do investimento e desembolsou os recursos para aquisição da participação societária e, (ii) ao reconhecer que no presente caso, houve uma parcela dos recursos utilizada na aquisição da Embargante, obtida

por meio de financiamentos (recursos próprios) realizados pelas Vitex, Howland e Bilimbi, mostra-se contraditório à sua própria conclusão, vício que deve ser sanado, para que no fim seja consignado que as empresas Vitex, Howland e Bilimbi foram as investidoras reais da Embargante, ao menos, no montante dos financiamentos realizados por tais empresas, restando cumprido o requisito da "confusão patrimonial";

- mas não é só;

- insta pontuar, que o voto vencedor do acórdão embargado recai em outra contradição, ao alegar que "Quanto as demais matérias, não cabe a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais se pronunciar antes que faça a Turma *a quo*, sob o risco de supressão de instância que pode vir a prejudicar alguma das partes". Confira-se: [...];

- isto porque, foi exatamente o que o Voto Vencedor fez ao enfrentar a matéria acerca dos recursos próprios oriundos de empréstimos, bem como da sua interpretação quanto aos garantidores de tais créditos, uma vez que referida matéria sequer foi enfrentada pelo acórdão nº 1302-001.980, proferido pela Turma *a quo*;

- assim, a título argumentativo, caso esta E. CSRF entenda por não sanar a contradição, para reconhecer que as empresas Vitex, Howland e Bilimbi foram as investidoras reais da Embargante, ao menos nas parcelas oriundas dos financiamentos (fato não abordado pela Turma Ordinária), é inequívoca a necessidade do retorno dos autos à Turma *a quo*, para que a Turma Ordinária aprecie os efeitos dos empréstimos na aquisição do investimento, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditória e ao duplo grau de jurisdição;

- ante o exposto, a Embargante requer sejam conhecidos e providos os Embargos de Declaração opostos, a fim de que seja sanada a contradição no Voto Vencedor do acórdão embargado, reformando-se a decisão em questão, para reconhecer que as empresas Vitex, Howland e Bilimbi foram as investidoras reais da Embargante - ao menos nas parcelas oriundas dos empréstimos -, restando cumprido o requisito da "confusão patrimonial";

- caso assim não se entenda, o que se alega a título argumentativo, requer-se que tal matéria seja apreciada pela Turma *a quo*, sob pena de evidente supressão de instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Os presentes embargos devem ser rejeitados.

Aliás, penso que eles já poderiam ter sido rejeitados no exame de admissibilidade, na forma do §3º do art. 65 do atual RICARF.

O acórdão embargado não incorreu no vício de contradição (apontado pela contribuinte), e nem no vício de obscuridade (sugerido no despacho que admitiu os embargos).

Desde o início, a controvérsia instaurada nestes autos diz respeito à possibilidade ou não de dedução de despesas com amortização de ágio, em razão de ter havido participação de empresas veículos nas operações societárias que envolveram a geração e o aproveitamento do ágio.

O voto vencedor que orientou o acórdão embargado explicita bem os contornos da referida controvérsia:

Conforme adiantei na abertura deste voto, o ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte SANTOS BRASIL, e condenado pela Fiscalização, de deduzir, nos anos-calendário 2006 a 2011, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, valores relativos a despesas de amortização de ágios registrados originalmente na contabilidade das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI.

A controvérsia reside no fato de a Fiscalização ter considerado tais pessoas jurídicas como meras empresas veículos, desprovidas de recursos próprios para investir na aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL. Assim, a confusão patrimonial verificada ao final do processo de reorganização societária não seria apta a possibilitar o aproveitamento tributário do ágio, uma vez que não envolvia as reais investidoras adquirentes das ações com ágio.

O voto que orientou a decisão de segunda instância administrativa (Acórdão nº 1302-001.980, de 14/09/2016) também já apontava com precisão o tipo de controvérsia que havia se estabelecido nos presentes autos:

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.

[...]

Da leitura do TVF, constata-se que a infração imputada à recorrente tem como ponto fulcral a alegação de que as pessoas jurídicas Vitex, 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:

[...]

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.

O Termo de Verificação Fiscal, por sua vez, desde o início esclarecia que as pessoas jurídicas tidas como empresas veículos, e que pagaram pelo ágio, eram empresas que não detinham capacidade patrimonial para fazer os investimentos que fizeram:

44. É importante, também, entendermos por que empresas recém-constituídas, sem patrimônio, com baixo capital social, sem nome conhecido no mercado, que nunca tiveram empregados ou remuneraram seus administradores conseguiram levantar empréstimos bancários aproximados de R\$ 306.000.000,00 (trezentos e seis milhões de reais) lastreados em Cédulas de Crédito Bancário — CCB por elas mesmas emitidas?

45. A resposta correta só poderia ser "devido às garantias e fiadores que estas CCB's possuíam". E tanto isto é verdade que no final das contas, em vista de suas incorporações pela **Santos Brasil**, os empréstimos contraídos acabaram sendo liquidados pela incorporadora, uma das fiadoras. E com recursos advindos da abertura de capital desta ocorrida em 17/10/2006.

46. E quais seriam os motivos para estes gastos desnecessários de tempo e dinheiro incorridos pelos Grupos Econômicos Opportunity, Fink e Dório? Seriam decisões enganosas, erros de estratégia ou coisas do tipo? Não. Analisando-se as etapas vemos que todas as operações foram bem planejadas. Desde a oportunidade para aumentar a participação acionária em seguimento promissor, passando pela aquisição das empresas **Vitex, Bilimbi, Strelícia, Hermosa e Howland**, que comumente são chamadas no mercado como "empresas de prateleira", utilizarem-nas como empresas veículos para transferência de recursos e do ágio decorrente da venda e compra de participações acionárias até a incorporação pela investida operacional. Os objetivos pretendidos eram as participações societárias e a amortização fiscal do ágio delas decorrente.

Vale também registrar que o TVF traz um capítulo específico em que aponta o principal problema que a utilização de empresas veículos gera para a dedução do ágio, que é a não extinção das participações societárias detidas pelos reais investidores, ou seja, a falta da confusão patrimonial do investimento, conforme exigido pela lei:

8. DA NÃO EXTINÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DETIDAS PELOS INVESTIDORES OPPORTUNITY FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES E PW 237 PARTICIPAÇÕES NA SANTOS BRASIL

77. Como visto nos dispositivos legais acima tratados, a permissão legal para que a empresa resultante de reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização deste ágio como despesa dedutível, num prazo não inferior a 60 meses, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou fundida.

78. De outra forma, no caso de permanecer o investimento, não se caracteriza a situação prevista na norma, que é de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a "confusão patrimonial do investimento", ou seja, o investimento adquirido com ágio se encontra com a investida que lhe deu causa. É o que nos ensina EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO ao tecer os seguintes comentários: [...];

79. Desta feita, a dedução autorizada pelos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, decorrem do encontro num mesmo patrimônio da investida com o investimento, pago com ágio por ocasião da aquisição da participação societária, visto que o legislador entendeu que nesta situação o investidor perdeu o seu capital investido com ágio e, assim, poderia deduzir como despesa a "expectativa de rentabilidade" que ele havia pago por ocasião da aquisição societária.

80. Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.

81. Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 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 ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

82. Vejamos, resumidamente, a representação gráfica abaixo, que reproduz a sequência das reestruturações societárias no dia 30/05/2006: Começa com a situação existente no início do dia, a entrada da Bilimbi, Vitex, Hermosa, Howland e Strelícia no capital da Santos Brasil no correr do dia, e a incorporação destas pela controlada na noite deste mesmo dia.

[...]

83. Como se pode ver, no caso em tela, 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.

84. Assim, procedendo a uma série de "reestruturações 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 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 negocial 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.

87. No comando dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, a legislação tributária, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva existência e extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidoras originais e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado de um negócio jurídico particular que culmina numa "confusão patrimonial" - o ágio de si mesmo.

88. No presente caso, não houve a requerida unificação patrimonial. Os Reais Investidores: Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237, detentores das ações da Santos Brasil tentaram se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação; praticando uma série de "reestruturações societárias" sem qualquer motivação econômica para, ao final das operações, apresentarem a mesma estruturação societária de antes. Tudo não passando de um estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

89. De sorte que, se considerarmos a participação societária que os Investidores: Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237 possuíam na Santos Brasil em decorrência do exercício do Contrato de Compra de Ações, em 30/05/2006, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação.

Mas o que é importante ficar claro, no contexto dos presentes embargos, é que as questões relativas aos recursos aplicados no pagamento do ágio (tanto aos recursos diretamente repassados pelos reais investidores às empresas veículos, quanto aos recursos obtidos por estas no mercado financeiro, a partir de empréstimos contraídos com garantias e fianças dos reais investidores), e que guardam relação direta com a identificação dos "reais investidores", foram plenamente examinadas, na forma da controvérsia que se apresentou.

O que se considerou, em resumo, é que esses recursos não pertenciam "verdadeiramente" às empresas veículos, nem mesmo aqueles contraídos por empréstimos tomados pelas empresas veículos junto ao Credit Suisse, mas com garantias e fianças dadas pelos reais investidores e pela própria investida.

O voto vencedor que orientou o acórdão embargado não poderia ser mais claro em relação a isso:

Os recursos empregados pelas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI na aquisição de ações da SANTOS BRASIL, em 30/05/2006, tiveram as seguintes origens:

VITEX

- R\$ 163.652.256,54 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);

- R\$ 21.827.733,00 foram integralizados como aumento de capital pela RK PARTICIPAÇÕES, empresa que detinha 99,99% das ações da VITEX. As empresas VITEX, RK PARTICIPAÇÕES e MULTI STS pertenciam ao grupo econômico FINK, controlado pela família Klien.

HERMOSA

- R\$ 9.348.909,00 foram integralizados como aumento de capital pela RK PARTICIPAÇÕES, empresa que detinha 99,99% das ações da HERMOSA. As empresas HERMOSA, RK PARTICIPAÇÕES e MULTI STS pertenciam ao grupo econômico FINK, controlado pela família Klien.

HOWLAND

- R\$ 39.665.793,10 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);

- R\$ 5.500.000,00 foram integralizados como aumento de capital pela PW 237, empresa que detinha 99,99% das ações da HOWLAND. As empresas HOWLAND e PW 237 pertenciam ao grupo econômico DÓRIO, controlado por Dório Ferman.

STRELICIA

- R\$ 98.392.655,00 foram integralizados como aumento de capital pela PW 237, empresa que detinha 99,99% das ações da STRELICIA. As empresas STRELICIA e PW 237 pertenciam ao grupo econômico DÓRIO, controlado por Dório Ferman.

BILIMBI

- R\$ 118.397.291,34 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);

- R\$ 585.000,00 foram integralizados como aumento de capital pela CITRINO, empresa que detinha 99,99% das ações da BILIMBI. As empresas BILIMBI, CITRINO e OPP FUND pertenciam ao grupo econômico OPPORTUNITY.

Vê-se, portanto, que as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI não dispunham de lastro patrimonial próprio para custear o investimento realizado em ações da SANTOS BRASIL. Elas inclusive tinham sido recentemente constituídas, com irrisório capital social e sem quaisquer atividades até sua participação na reorganização societária vivenciada pela contribuinte.

A participação destas pessoas jurídicas nas operações de aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL somente foi possível porque elas receberam recursos das verdadeiras adquirentes: OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237.

Tampouco os recursos recebidos por meio de empréstimo concedido pelo CREDIT SUISSE pertenciam verdadeiramente a estas empresas. Os valores milionários somente foram emprestados pela instituição bancária porque a dívida estaria garantida por empresas de grande porte (a contribuinte e empresas pertencentes aos grupos que a controlavam), que tinham lastro patrimonial para garantir o pagamento dos valores concedidos.

Tanto isso procede que a verdadeira devedora dos valores emprestados pelo banco CREDIT SUISSE sempre foi a própria contribuinte. Como a sequência de operações societárias já estava totalmente arquitetada de antemão, já se sabia que as empresas VITEX, HOWLAND e BILIMBI seriam extintas por incorporação exatamente no mesmo dia em que viessem a receber os valores liberados pelo CREDIT SUISSE (30/05/2006).

Assim, já era esperado que a dívida com o banco fosse honrada não pelos credores formais, mas pela SANTOS BRASIL, tanto porque ela era uma das fiadoras dos empréstimos quanto porque viria a ser a sucessora universal das obrigações das empresas incorporadas. E, de fato, foi a contribuinte que saldou tal dívida, em 17/10/2006 (menos de cinco meses após a liberação dos empréstimos), com recursos advindos da abertura de seu capital.

Tais circunstâncias inclusive infirmam a alegação feita pela contribuinte de que a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI teria se dado por exigência da entidade bancária, que desejaria isolar o crédito em sociedades "limpas" e "sem passado". Pergunta-se: qual seria a utilidade de serem os credores originários empresas "limpas" se não tinham qualquer patrimônio a garantir as dívidas e ainda se já se sabia de antemão que uma das sociedades "com passado" (a própria contribuinte) é que viria a ser a responsável por pagar as obrigações? Nenhuma, obviamente.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram

observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

Sendo assim, a contribuinte recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo das operações de aquisição de suas próprias ações.

Como não foram as pessoas jurídicas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das ações da contribuinte recorrida saíram dos ativos das reais investidoras, OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237. Mesmo a fração dos recursos que adveio de empréstimo bancário somente teve sua obtenção viabilizada porque estas reais adquirentes e a contribuinte SANTOS BRASIL tinham lastro para garantir seu pagamento ao banco CREDIT SUISSE.

As empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, embora constem formalmente como as adquirentes das ações da contribuinte, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237 a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da contribuinte. Também pertencia a estas empresas e à SANTOS BRASIL a solidez e a robustez necessárias para alavancar a concessão de empréstimos milionários, por meio da prestação de suficientes garantias e fianças.

(destaques acrescidos)

Ao longo do processo, ao tratar desses empréstimos, a contribuinte já vinha alegando que "os fiadores não tem qualquer poder de decisão sobre o negócio que estão garantindo". Que eles "são meros garantidores da obrigação, a qual, caso não venha ser adimplida pelo devedor principal, o será pelo seu solidário" (p. 52 do recurso voluntário da contribuinte).

E agora nessa fase de embargos ao acórdão de recurso especial, ela invoca o Princípio da Entidade, pedindo para que se reconheça "que as empresas Vitex, Howland e Bilimbi foram as investidoras reais da Embargante - ao menos nas parcelas oriundas dos empréstimos -, restando cumprido o requisito da confusão patrimonial".

O que a contribuinte pretende, na verdade, é rediscutir a matéria, e isso está fora do escopo dos embargos de declaração.

Não há nenhuma contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

Está bem claro no acórdão embargado as razões pelas quais as empresas que tomaram os referidos empréstimos (VITEX, HOWLAND e BILIMBI) não foram consideradas como reais investidores.

A afirmação de que "somente pode figurar como investidora originária ou real - em cumprimento ao requisito da confusão patrimonial - a empresa que efetivamente

acreditou na mais valia do investimento e desembolsou os recursos para aquisição da participação societária" deve ser examinada no contexto de toda a argumentação apresentada pelo acórdão embargado, e não isoladamente, como fez a contribuinte, na pretensão de demonstrar a alegada contradição.

Em nenhum momento o acórdão embargado dá a ideia de que o simples desembolso seria suficiente para a identificação do real investidor. Aliás, não há nenhuma dúvida de que o desembolso se deu por aquele que detinha a titularidade do recurso naquele exato momento (ou seja, pelas empresas veículos). O que sempre se questionou e se examinou ao longo deste processo foi todo o conjunto dos fatos e da forma de obtenção dos recursos que possibilitaram o pagamento do ágio.

Não há nenhuma dúvida sobre as razões pelas quais a alegada titularidade dos recursos desembolsados pelas empresas veículos (seja os recursos recebidos por empréstimo, seja os recebidos por integralização de capital) não serviu para que essas empresas fossem consideradas como os reais investidores.

E os embargos de declaração não podem ser utilizados para rediscutir essas questões.

A contradição passível de embargos é a contradição interna entre a decisão e os seus fundamentos, o que não ocorre aqui. Os embargos não tem por escopo sanar contradição entre a decisão e as razões defendidas pela contribuinte; ou ainda, não cabem embargos para afastar uma errônea conceituação do termo "desembolso" (o qual a embargante pretende que seja entendido como "saída direta de dinheiro"), tomado isoladamente e em desacordo com o racional empregado pelo voto embargado.

Desse modo, rejeito os embargos em relação a este primeiro ponto.

Da mesma forma, não se constata a segunda contradição apontada pela contribuinte.

A alegação da contribuinte é de que, embora o acórdão embargado tenha determinado o retorno do processo à Turma *a quo* (segunda instância), para evitar a supressão de instância em relação a algumas matérias, ele acabou enfrentando diretamente "a matéria acerca dos recursos próprios oriundos de empréstimos, bem como da sua interpretação quanto aos garantidores de tais créditos", matéria que não teria sido examinada naquela fase processual anterior.

Quanto a esse ponto, é preciso registrar que a decisão de segunda instância apresenta relatório minucioso, onde descreve todo o conjunto de fatos que levaram o Fisco a não aceitar a dedutibilidade do ágio.

E o voto que orientou a referida decisão, ao afastar as hipóteses de simulação, abuso de direito e fraude à lei, validou todo o conjunto das operações societárias engendradas para a formação e o aproveitamento do ágio.

A conclusão foi no sentido de 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", e 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".

Para a decisão de segunda instância, portanto, já que a aquisição direta poderia gerar o mesmo efeito fiscal, não haveria nenhum problema no emprego das referidas "empresas veículos", incluindo-se aí o seu histórico e as condições em que elas se apresentavam, a forma de obtenção dos recursos para pagamento do ágio, a incorporação delas pela recorrente, etc.

Mas o acórdão embargado reverteu essa decisão, com fartos fundamentos para demonstrar que o ágio somente poderia ser deduzido se a aquisição tivesse se dado diretamente pelos reais investidores, com a incorporação destes (e não com a incorporação de empresas veículos).

Vale novamente destacar que nunca esteve em questão a titularidade, do ponto de vista jurídico/formal, dos recursos desembolsados para o pagamento do ágio (seja os recursos recebidos por empréstimo, seja os recebidos por integralização de capital). O que sempre se questionou e se examinou ao longo deste processo foi todo o conjunto dos fatos e da forma de obtenção dos recursos que possibilitaram o pagamento do ágio, com a posterior incorporação das empresas veículos (e não dos reais investidores).

E em relação a isso, não há nenhuma lacuna na decisão de segunda instância. Ela examinou todo o conjunto das operações societárias, validando-as, e considerou que o ágio poderia ser deduzido a partir da incorporação das empresas veículos, ao passo que o acórdão embargado decidiu justamente ao contrário disso.

O acórdão embargado determinou o retorno dos autos para apreciação de matérias que realmente não foram tratadas naquele julgamento: (i) decadência, (ii) inexistência de norma que determine a adição das parcelas de ágio amortizadas da base da CSLL, (iii) multa isolada pelo não recolhimento de estimativas encerramento do ano calendário e concomitância, (iv) compensação de prejuízos fiscais e bases negativas; (v) incorreta recomposição dos saldos de prejuízo e base negativa pela fiscalização; (vi) juros sobre multa e (vii) solidariedade.

Mas não procede a alegação de que há questões pendentes de julgamento em relação à titularidade dos recursos obtidos por empréstimos, que não se diferencia da titularidade dos recursos recebidos por integralização de capital. Como já esclarecido, a titularidade destes recursos (que a contribuinte tenta agora defender invocando o Princípio da Entidade), nem mesmo foi contestada pelo acórdão embargado (do ponto de vista jurídico-formal).

Desse modo, também rejeito os embargos de declaração em relação ao segundo ponto.

Em resumo, voto por CONHECER e REJEITAR os Embargos.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo