



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720070/2017-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.203 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2019
Recorrente OWENS-ILLINOIS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DEDUTIBILIDADE.

Não tendo sido trazida pelo fisco qualquer irregularidade na formação dos ágios em questão, os mesmos são dedutíveis de acordo com a combinação do art. 386 com o art. 250, I, todos do RIR/99.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA.

Na medida que as operações foram calcadas em atos lícitos e diante da inexistência de legislação apta a limitar a capacidade do contribuinte de se auto-organizar e de gerir suas atividades com o menor ônus fiscal, não há que se falar em fraude à lei, tampouco considerar a ocorrência de fraude fiscal hábil a ensejar a qualificação da multa de ofício.

Em que pese as normas gerais de controle de planejamentos tributários relacionadas às figuras do abuso de direito, abuso de forma, negócio jurídico indireto e inexistência de propósito negocial não tenham amparo no Direito Tributário Brasileiro, o que por si só já deveria afastar as exigências do IRPJ e da CSLL, restou evidenciado no caso concreto a existência razões extratributárias relevantes. Não se verifica atipicidade da forma jurídica adotada em relação ao fim, ao intenso prático visado, tampouco adoção de forma jurídica anormal, atípica e inadequada.

CONTRATO DE MÚTUO. PESSOAS LIGADAS. DESPESAS COM JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. NECESSIDADE. DEDUTIBILIDADE.

Diante da comprovação da necessidade da contratação do mútuo para o pagamento de aquisição de participação societária e, consequentemente,

expansão dos negócios da pessoa jurídica, as despesas com juros e variação cambial decorrentes deste contrato são consideradas dedutíveis, nos termos do artigo 47, da Lei nº 4.506/64.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Allan Marcel Warwar Teixeira e Efigênio de Freitas Júnior, que negavam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Junior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de processo administrativo decorrente de autos de infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sob a alegação de que a Recorrente teria supostamente realizado deduções indevidas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL no ano-calendário de 2013, referentes à amortização de ágio por rentabilidade futura pago na aquisição de investimentos e juros de empréstimo externo contraído para aquisição dos referidos investimentos, culminando (i) nos lançamentos de R\$ 25.264,33 a título de principal de IRPJ, e de R\$ 15.158,60 a título de principal de CSLL, supostamente devidos no ano-calendário de 2013 (ii) além de ajustes de R\$ 187.884.758,30 nos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL do ano-calendário de 2013 e de R\$ 72.183,82 nos saldos de prejuízos fiscais e base negativa de CSLL de períodos anteriores.

2. Sobre os valores de principal lançados, foram acrescidos juros de mora e a multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96, sob a alegação de que a contribuinte teria cometido fraude por supostamente ter efetuado “planejamento

tributário abusivo”, o que ensejou também a formalização de representação fiscal para fins penais, objeto do processo administrativo nº 16561.720116/2016-19.

3. Por economia processual e por bem descrever os fatos, adoto como parte deste, trechos do relatório constante do Acórdão nº **16-81.665** da DRJ/SPO (e-fls. 3204/3262), especialmente no que toca as informações do **Termo de Notificação Fiscal** (e-fls. 2835/2866):

“1. Do auto de infração

A autoridade fiscal assim resumiu as operações societárias objeto de análise(fl. 2836):

“Em primeiro lugar, trata-se da aquisição da empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO – ICAL S/A, (doravante designada simplesmente ICAL), pela OWENS ILLINOIS AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA (OI LATAM), junto à família BRENNAND conforme contrato de compra e venda datado de 01/09/2010.

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

A OI LATAM em 29/04/11 incorporou a ICAL passando a ser sócia direta da CIV.

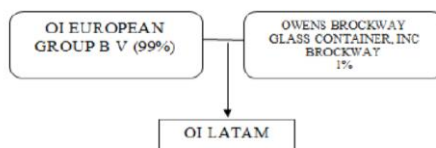
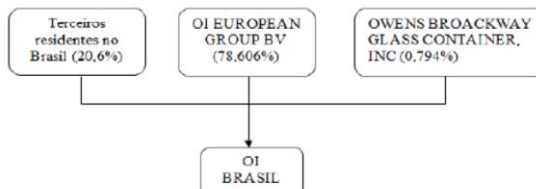
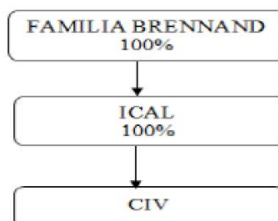
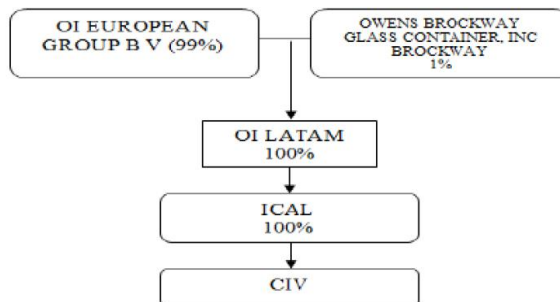
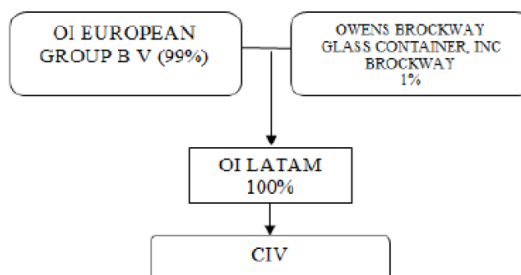
Em segundo lugar, na data de 30/05/11 a OI LATAM adquiriu 20,6% da OI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (doravante OI BRASIL) que era detida pela empresa Monteiro Aranha S/A (MASA).

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

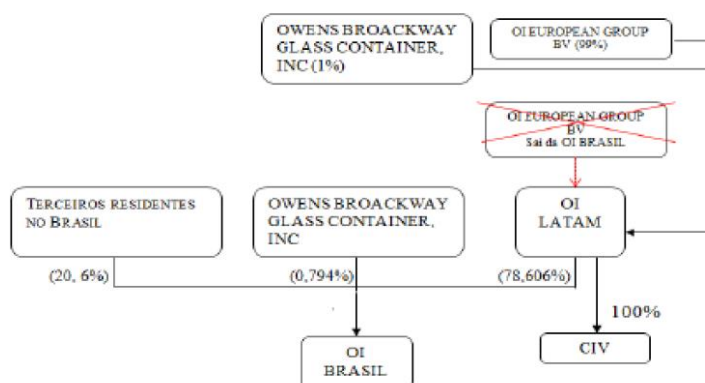
Para concretizar as negociações a OI LATAM recebeu de O-I MANUFACTURING NETHERLANDS BV todo o volume de recursos necessário para a aquisição da ICAL e do restante das ações da OI BRASIL, então pertencente ao Grupo MASA, sendo a maior parte destes recursos foi e está sendo remunerado com juros por empréstimos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

Do exame das respostas prestadas pelo contribuinte e da documentação suporte acostada aos autos do presente exame fiscal, constatamos que os procedimentos adotados para a aquisição da CIV pela OI LATAM e a aquisição residual de ações da OI BRASIL, se tratou de planejamento tributário abusivo, visando não somente a redução da base tributável do IRPJ e da CSLL, através do lançamento de despesas com a amortização de ágio, mas também pelo registro de despesas financeiras com juros, remetidos ao exterior.” (q.n)

Os diagramas a seguir trazidos pela autoridade fiscal detalham as operações societárias ocorridas e a sua cronologia:

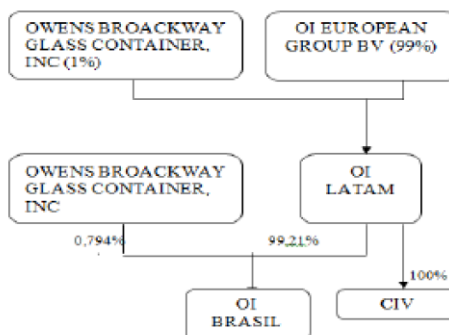
3.1 – Até 01/09/10, as configurações societárias dos grupos eram as seguintes:**3.1.1 – Composição acionária da OI LATAM****3.1.2 – Composição acionária da OI BRASIL****3.1.3 – Composição acionária da ICAL e da CIV****3.2 - 01/09/10 - Data em que ocorreu a compra da ICAL pela OI LATAM****3.3 - 29/04/11 – Data em que a OI LATAM incorporou a ICAL**

3.4 - 30/05/11 – Data em que a OI EUROPEAN cedeu suas ações na OI BRASIL para a OI LATAM (78,606%).

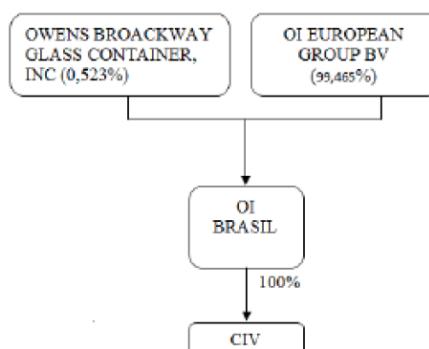


Observação = Terceiros residentes no Brasil = a MONTEIRO ARANHA (MASA)

3.5 - 30/05/2011 – Nessa mesma data a OI LATAM adquiriu do Grupo Monteiro Aranha S/A (MASA), os outros restantes 20,6% da OI BRASIL. Assim, com essas alterações societárias, as participações ficaram da seguinte forma:



3.6 - Em 01/06/11 A OI BRASIL incorpora OI LATAM, ou seja, a controladora (OI LATAM) é incorporada pela controlada (OI BRASIL). A configuração societária a seguir permaneceu até o ano calendário de 2014, quando a OI BRASIL incorporou a CIV.



Sobre a reorganização societária empreendida pelo contribuinte, a autoridade fiscal assim concluiu:

- A incorporação da ICAL se deu em pouco mais de 8 meses após sua aquisição pela OI LATAM;
- 30 dias após essa incorporação a OI EUROPEAN cedeu suas ações da OI BRASIL para a OI LATAM;
- No mesmo dia da transferência das ações da OI BRASIL para a OI LATAM pela OI EUROPEAN houve a aquisição do restante das ações da OI BRASIL junto à MONTEIRO ARANHA S/A (MASA) com recursos de empréstimos originários do exterior por empresa vinculada;
- No dia seguinte a OI BRASIL incorpora a OI LATAM e passa a amortizar o ágio proveniente da aquisição da ICAL;
- Em 2014 a CIV foi incorporada pela OI Brasil;
- O grande volume de recursos para as aquisições foi tomado como empréstimo de empresa vinculada sediada na Holanda.

Diante os fatos e intervalos de tempo entre as operações, a autoridade fiscal entendeu se tratar de planejamento tributário abusivo, em que o único propósito negocial foi a economia de tributos por meio de incorporação reversa de empresas.

Também entendeu a autoridade fiscal que houve redução indevida da base de cálculo tributável com a dedução de despesas de juros provenientes do empréstimo contraído pela OI LATAM junto a OI MANUFACTURING NETHERLANDS INC, vez que ambas as empresas seriam controladas pela mesma administração central (OI EUROPEAN), conforme demonstrado nos diagramas anteriores. Sobre esse ponto, a fiscalização assim concluiu a partir de respostas do contribuinte quanto à origem dos recursos para pagamento da aquisição da ICAL (fls. 2842):

“É de se registrar que a maior parte foi remetida para a OI LATAM através de empréstimos de uma subsidiária da OI EUROPEAN, a OI MANUFACTURING B V, e a menor parte como aporte de capital pela própria OI EUROPEAN, ou seja, se houvesse a capitalização integral da OI LATAM, não existiria os juros sobre empréstimos, ou se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente ICAL/CIV, não havendo nenhum óbice para tanto, não existiria nem os juros, nem a criação do ágio, portanto, a ação deliberada foi a economia tributária, trazendo para o Brasil o ágio que, eventualmente, na Holanda não seria aproveitado.”(g.n)

Na sequência, a fiscalização questiona o contribuinte sobre o motivo da sequência de incorporações, visto que em sua opinião seria mais razoável a OI Brasil ter incorporado a ICAL. Dessas respostas, assim concluiu:

“O fiscalizado informa que dentre as considerações para a ação de sequência de incorporações ocorridas a intenção do Grupo Illinois em adquirir a participação detida na OI BRASIL. A OI EUROPEAN já detinha, em conjunto com a BROCKWAY cerca de 80% da OI BRASIL sendo que o restante pertencia a grupo brasileiro (MASA) e da mesma forma que a OI EUROPEAN detinha 80% poderia ter adquirido diretamente dos investidores brasileiros os restantes 20% diretamente, sem a utilização da OI LATAM para efetivar o negócio.

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

Em tempo, os códigos de atividade econômica da OI LATAM e da ICAL registrado nos cadastros da Receita Federal (CNAE-Fiscal) é 70.20-4/-00 - Atividade de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica."

Ainda em análise às respostas apresentadas pelo contribuinte, a fiscalização considerou discutíveis as seguintes justificativas para a sequência de incorporações:

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

Esta afirmação, preliminarmente, para a consolidação do Grupo OI Illinois no país e mundialmente a operação nos moldes em que foi realizada não acrescentou nenhum fortalecimento ou crescimento da capacidade financeira, pois até mesmo o investimento saiu de uma subsidiária OI MANUFACTURING NETHERLANDS para outra subsidiária OI LATAM, logo na consolidação mundial do grupo, teríamos saída do caixa global e entrada na conta de investimento Assim, insisto: se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente da família BRENNAND a participação na ICAL/CIV e, também a quantidade residual de ações em poder de terceiros da OI-BRASIL (à época sócia majoritária), na análise global, não seria alterado o resultado uma vez que a consolidação patrimonial do grupo não sofreria reflexos. Tampouco se pode falar em capacidade financeira aumentada. Soa falaciosa tal argumentação.

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

c) Não enxergamos que padrão de qualidade poderia propiciar a incorporação de consultoria e investidora uma vez que os parques industriais já estavam consolidados

E assim concluiu a autoridade fiscal sobre as incorporações empreendidas pela OI BRASIL:

"De tudo quanto alegado pelo contribuinte, entendemos que os fins almejados pela fiscalizada poderiam ser alcançados sem que houvesse a tomada de empréstimos do exterior, se a OI EUROPEAN tivesse adquirido diretamente da família Brennan e/ou capitalizado a OI BRASIL para este fim.

Assim, os procedimentos, embora formalmente corretos, foram abusivos quanto ao seu propósito final, pois que engendrados com o fim exclusivo de economia tributária.

Com os procedimentos relacionados o contribuinte logrou economizar tributos com a amortização do ágio transferido para o Brasil e pagamento de juros sobre valor que poderia ser capitalizado. (Conforme registro no Syscomex – taxa de juros de 10% a. a)

Ademais, não existe qualquer dificuldade de uma empresa estrangeira em adquirir uma empresa brasileira ou estabelecida no Brasil, aliás, tanto a OI BRASIL como a OI LATAM já tinham sócios residentes no exterior."

Em análise da documentação apresentada, em especial os contratos de compra e venda, atas de alterações de alteração dos contratos sociais e laudos de avaliação, a autoridade fiscal assim concluiu:

• A ICAL/CIV teve como preço negociado o montante de R\$ 1.050.668.000,00 (um bilhão, cinquenta milhões e seiscentos e sessenta e oito mil reais), acrescidos de um valor de caixa estimado e diminuído de um valor de dívidas estimado. A forma de pagamento foi depósito em garantia no valor de R\$ R\$ 34.832.000,00 e posterior

pagamento por TED - Transferência Eletrônica Disponível, no valor de R\$ 981.429.470,49, divididos igualmente entre os 7 (sete) sócios pessoas físicas;

- A participação de 20,6% que o Grupo MASA detinha na OI- BRASIL foi adquirido por R\$ 206.838.638,29, produzindo um ágio de R\$ 151.607.249,90, considerando que o valor do patrimônio líquido proporcional da OI-Brasil na ocasião era de R\$ 51.231.388,60 (20,6% de R\$ 248.696.061,17 – base balanço de 20/04/11);
- No 7º Alterações do Contrato Social da OI LATAM foi aprovado a aquisição da ICAL/CIV, bem como o aumento de capital em R\$ 139.328.000,00, com emissão de 13.9382.800.000 novas quotas, totalmente integralizadas pela OI EUROPEAN;
- Em Ata da OI LATAM de 29/04/2011 foi aprovada a incorporação da ICAL. Chama a atenção a indicação de que o patrimônio líquido da ICAL avaliado em laudo técnico aponta que a empresa tem participação apenas na CIV;
- Em 29/04/2011, na Ata da 9ª Alteração do Capital Social da OI LATAM foi aprovado o aumento de capital no valor de R\$ 235.611.887,88, com emissão de 23.561.188.788 novas quotas, integralizadas com 17.443.213.419 ações que a OI EUROPEAN B.V detinha na OI BRASIL;
- Na Ata da 10ª Alteração do Contrato Social da OI LATAM de 29/04/2011 foi aprovado novo aumento de capital, integralizado em espécie na quantidade de USD 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de dólares) equivalente a R\$ 71.775.000,00 pela sócia OI EUROPEAN, conforme contrato de câmbio de número 11/023366 datado de 30/05/11;
- A verdadeira intenção do Grupo Owens era a aquisição da CIV, pois os laudos de avaliação se reportavam basicamente a essa empresa operacional;
- Em 01/06/2011 foi aprovada a incorporação da OI LATAM pela OI BRASIL. O valor que a APSIS Consultoria Ltda. apurou como patrimônio líquido da OI LATAM foi de R\$ 466.315.514,94, mas o aumento de capital na OI BRASIL foi de R\$ 223.616.893,38, correspondente a 22.361.689.398 novas ações. Isto porque a OI LATAM era a maior acionista da OI BRASIL e do patrimônio líquido apurado foi descontado a participação na OI BRASIL, no valor de R\$ 242.698.620,96.

Com base nas informações, a fiscalização concluiu pelos seguintes valores amortizados de ágio:

QUADRO 8 – AMORTIZAÇÃO DO AGIO EM 2013

ANO CALENDÁRIO	AMORTIZAÇÕES IDENTIFICADAS
2013	87.500.571,48

Sobre o contrato de mútuo, assim se pronunciou a autoridade fiscal:

"O contribuinte apresentou o contrato de empréstimo e mais os três aditivos ao contrato elaborados nas datas de 24/08/10, 15/12/10, 28/02/11 e 30/05/11, e que resumidamente apresentam as seguintes informações:

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

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

C) Os juros acumulados até 28/02/11 somavam R\$ 39.112.863,55 que, deduzido do imposto de renda retido na fonte de R\$ 5.866.929,53, resultando no valor líquido de R\$

33.243.934,02 que foi adicionado ao valor total dos empréstimos, passando de R\$ 889.822.500,00 para R\$ 923.068.434,02;

*D) Em 31/05/11 houve mais um acréscimo no saldo de empréstimos até então existente, passando de R\$ 923.068.434,02 para R\$ 1.090.543.434,02. Este aumento fez parte do 3º aditivo ao contrato de empréstimos no valor de R\$ 167.475.000,00, **valor este utilizado na aquisição de 20,6% de participação na OI BRASIL pela OI LATAM junto à MASA E** Os juros foram estabelecidos inicialmente com carência de 6 (seis) meses, muito embora tenham sido calculados já a partir de 01/09/10, inicialmente, à taxa libor em USD para 6 meses acrescido de uma margem de 9% ao ano.*

Assim, aproveitando o exemplo do valor de juros transferido para empréstimos em 01/03/11 demonstramos como foram feitos os cálculos:

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

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

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

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

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

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

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

Registre-se a resposta enviada pelo contribuinte em 08/09/16 sobre a vinculação entre as empresas, especificamente entre o mutuário e o mutuante, onde chamamos a atenção que a empresa emprestadora tinha como sócio a mesma OI EUROPEAN GROUP BV.

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

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

Diante o contrato de mútuo celebrado, os seguintes valores de despesa de juros foram contabilizados:

QUADRO 11 – DEMONSTRATIVO DO JUROS MENSIS E RECOLHIMENTO DE IRFONTE

Data	Pela contabilidade	RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DE RENDA (15%)			
Pagto	Vr contábil	DARF 1	DARF 2	DARF 3	SOMA
	8.650.514,65	39.557,49	199.269,22	1.058.750,48	1.297.577,19
02/01/2013	7.804.886,07	39.690,56	179.789,72	955.252,03	1.174.732,31
01/02/2013	8.643.002,02	39.523,14	199.096,16	1.057.831,00	1.296.450,30
01/03/2013	8.364.195,50	38.248,20	192.673,71	1.023.707,42	1.254.629,33
01/04/2013	8.634.155,90	39.499,52	198.977,19	1.057.198,65	1.295.675,36
02/05/2013	8.358.861,52	38.206,97	192.466,04	1.022.604,04	1.253.277,05
03/06/2013	8.634.878,99	39.485,99	198.903,05	1.056.836,81	1.295.225,85
01/07/2013	8.627.535,39	39.452,41	198.739,88	1.055.938,01	1.294.130,30
01/08/2013	8.344.983,76	38.160,93	192.231,15	1.021.356,06	1.251.748,14
02/09/2013	8.619.853,72	39.417,29	198.562,93	1.054.997,84	1.292.978,06
01/10/2013	8.331.751,84	38.099,06	191.926,35	1.019.736,59	1.249.762,00
04/11/2013	8.610.181,21	39.373,06	198.340,12	1.053.814,01	1.291.527,19
02/01/2014	101.624.800,57	468.714,62	2.340.975,52	12.438.022,94	15.247.713,08

Ao término da análise empreendida pela autoridade fiscal, assim concluiu:

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

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

É de se registrar que as leis nº 11.638/07 e 11.941/09, que vieram substituir a lei societária nº 6.404/76, introduziu o Brasil na contabilidade internacional e com essa padronização universal podemos afirmar que a prática contábil no exterior não aproveita ágios porque trata os ajustes de investimentos via “impairment” ou seja, prática testes de avaliação no investimento.

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

Fica claro que para o contribuinte poder usufruir esse benefício fiscal deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Para isso o ágio deve ter efetividade e legitimidade, o que não é o caso, pois quem efetivamente pagou foi a empresa sediada na Holanda e o objeto da venda foi efetivamente a CIV e não a ICAL. Estamos nos referindo aos artigos 386, 391 do RIR/99.

(...)

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

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

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

arquivos “dados OI European e Oi Manufacturing” e resposta sobre a ligação entre as empresas)

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

Com esse foco, foi concentrada as remessas de dinheiro na OI LATAM, para aquisição da ICAL e do restante das ações da OI-BRASIL (em poder da MASA)

para posteriormente ser incorporada pela controlada OIBRASIL objetivando buscar o enquadramento no art. 386 do RIR/99.

É de se registrar, como regra geral, o RIR/99 impede a dedução do ágio decorrente da aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido (art. 391), ressalvada a hipótese de adicionar o valor do ágio ao valor contábil do investimento para efeito de determinar o ganho ou a perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliada pelo patrimônio líquido (art. 426), logo, a única possibilidade de deduzir a amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL se dá na situação em que a pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual tenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou em que a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade de participação societária e adicionalmente, que o ágio tenha sido fundamentado em rentabilidade futura (art.3 86).

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

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

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

No caso em análise, a opção do grupo OI não foi pela extinção do investimento. O ágio apurado na compra da ICAL e do restante das ações da OI BRASIL detidas por terceiros já que se concentrou na única empresa originariamente produtiva do grupo OI que era a OI BRASIL para onde foi, afinal, a real empresa adquirida e produtiva CIV (pertencente à ICAL), o seja o investimento não foi extinto.

4. Devidamente cientificada (17/08/2017), a contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 2873/2948) em 18/09/2017.

5. Em sessão de 9 de março de 2018, a 1ª Turma da DRJ/SPO, **por maioria de votos**, julgou improcedente a impugnação, nos termos do **voto vencedor**, Acórdão nº 16-81.665 (e-fls. 3204/3262), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

Não tendo a interessada comprovado o propósito comercial para a sequência de operações societárias engendradas em curto período de tempo, correto a glosa da despesa de amortização do ágio.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FRAUDE. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada ação ou omissão fraudulenta do contribuinte.

EMPRÉSTIMO INTERNACIONAL DIRECIONADO A EMPRESA VEÍCULO UTILIZADA PARA VIABILIZAR A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO BRASIL. INDEDUTIBILIDADE DOS JUROS DECORRENTES DE TAL EMPRÉSTIMO.

A aquisição de participação societária por empresa veículo não é bastante para a fruição dos benefícios fiscais afetos à amortização do ágio suportado em tal aquisição. Em consequência, se tal aquisição foi viabilizada mediante a celebração de contrato internacional de mútuo com empresa ligada, que é a real adquirente da participação societária no Brasil, os juros vinculados a tal contrato são indedutíveis em nosso país.

GLOSA DE JUROS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMO INTERNACIONAL DIRECIONADO A EMPRESA VEÍCULO UTILIZADA PARA VIABILIZAR A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO BRASIL. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DOS VALORES ADICIONADOS A TÍTULO DE SUBCAPITALIZAÇÃO, QUANDO EFETIVAMENTE COMPROVADA A VINCULAÇÃO ENTRE A ADIÇÃO E A GLOSA EMPREENDIDA PELA FISCALIZAÇÃO.

Determinada a indedutibilidade dos juros decorrentes da celebração de contrato internacional de mútuo com empresa ligada, que é a real adquirente da participação societária no Brasil, o reconhecimento da vinculação da despesa de juros glosada na autuação com os valores anteriormente adicionados pela empresa em cumprimento aos limites legais afetos à legislação de combate à subcapitalização somente é possível."

6. De antemão, cumpre destacar que a parte vencida refere-se a glosa das despesas de juros decorrentes de mútuo com pessoas ligadas. Para o I. Relator Daniel Takahashi, "*diante a inexistência de evidências levantadas pela autoridade fiscal a caracterizar a ilicitude do contrato de mútuo ou do abuso de direito decorrente da forma escolhida para a injeção de recursos para aquisição da ICAL/CIV, entendo que não devem ser glosados os valores de despesas de juros decorrentes do contrato de mútuo celebrado com pessoa ligada sediada na Holanda*".

7. Cientificada da decisão (Portal e-CAC de 15/06/2018, e-fl. 3272), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 3275/3368) em 10/07/2018. Em síntese, por meio de sua defesa, a Recorrente traz as seguintes alegações e pleitos:

(i) **Preliminarmente**, a **nulidade** dos Autos de Infração em razão de:

(a) erro na determinação da exigência fiscal pela r. fiscalização quando do lançamento de IRPJ e CSLL relacionados aos juros de empréstimo considerados indedutíveis, uma vez que deixou de descontar a adição de R\$ 13.966,141,92, já realizada pela Recorrente no ano-calendário de 2013 a título de ajuste feito com base nas regras de subcapitalização; e

(b) ausência de base legal para exigir a adição de despesas de amortização de ágio para o fim da apuração da base tributável da CSLL;

(ii) No **Mérito**, a **improcedência** do respectivo lançamento de ofício:

(a) relativo ao **ágio amortizado** - ressalta a existência de relevante propósito negocial nas operações societárias que geraram os ágios questionados pelas autoridades fiscais. E, ainda que tais operações fossem entendidas como carentes de propósito negocial, tal fato nunca poderia ter sido utilizado como fundamento para a autuação fiscal, face a ausência de base legal para tanto. No mais, sustenta já ser este o entendimento adotado à época dos fatos pela jurisprudência administrativa então vigente, fazendo-se necessária a sua aplicação ao presente Recurso Voluntário, nos termos do artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB); ou, subsidiariamente,

(b) quanto às **despesas de juros decorrentes de mútuo com pessoas ligadas** - foi demonstrado que não cabe ao Fisco impor ao contribuinte a adoção de estrutura que seja a mais rentável aos cofres públicos, sendo as partes livres para estruturar o negócio jurídico da forma que melhor lhes convier, inexistindo no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal que autorize a desconsideração de ato jurídico lícito e efetivo, como a operação de empréstimo externo contraída, sob a vaga alegação de que o contribuinte poderia receber recursos como aumento de capital.

Demonstrou-se, ainda, que as despesas de juros incorridas pela Recorrente são despesas operacionais perfeitamente dedutíveis, uma vez que decorrem de empréstimo legítimo e comprovado, registrado no Banco Central do Brasil, contraído para a aquisição de investimento, visando a expansão dos negócios do Grupo no país;

Logo requer seja reconhecida a improcedência do respectivo lançamento ou, ao menos, seja expurgado do lançamento de ofício o montante de R\$ 13.966.141,92, a título de glosa de despesas de juros que já foram adicionadas pela Recorrente na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL do ano-calendário de 2013 e equivocadamente incluídos no cálculo da Fiscalização;

(c) Quanto à **multa qualificada** (150%), arguiu-se a sua inaplicabilidade, em função da ausência de qualquer ilegalidade nas operações realizadas, como inclusive reconhecido no Termo de Constatação e Verificação Fiscal e pela ausência de qualquer comprovação por parte das autoridades fiscais de prática de ato que caracterize fraude ou conluio. Os lançamentos em questão foram constituídos sobre a premissa de que as operações descritas no Termo de Constatação e Verificação Fiscal teriam sido realizadas com a finalidade precípua de economizar tributos, conduta esta que é incompatível com as condutas de fraude e conluio descritas nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64; e

(d) Quanto aos juros sobre a multa de ofício, arguiu-se sua inaplicabilidade, haja vista ausência de previsão legal expressa que autorize tal cobrança.

8. A douta Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou, tempestivamente, contrarrazões ao Recurso Voluntário (e-fls. 3407/3433) e, ao final, requer seja negado provimento *in totum* ao recurso da contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora.

9. O Recurso Voluntário interposto é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

Questões Preliminares

I. Da Inexistência de Nulidades no Lançamento

10. Preliminarmente, alega a manifestante a nulidade do auto de infração por erro na determinação da exigência fiscal, vez que ao efetuar a glosa de despesa de juros decorrentes de empréstimo externo tomado com pessoa ligada a autoridade fiscal teria deixado de descontar os valores adicionados no LALUR a título de subcapitalização.

11. Alega também a nulidade do auto de infração de CSLL por ausência de dispositivo legal que a obrigue a adicionar as despesas de amortização de ágio à base de cálculo do referido tributo.

12. Do ponto de vista do processo administrativo fiscal federal, ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

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

I - a qualificação do autuado;

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

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

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

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

“ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

13. No presente caso, não constato qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII, da Constituição Federal e artigo 142 do Código Tributário Nacional.

14. Da análise dos autos, evidencio que houve a descrição detalhada do fato gerador dos tributos, assim como de seu enquadramento legal. A matéria e a determinação da exigência tributária estão perfeitamente identificadas.

15. A Recorrente notoriamente compreendeu a imputação que lhe foi imposta e não teve seu direito de defesa cerceado, ao passo que apresentou impugnação administrativa e recurso voluntário para contrapor as exigências, o que demonstra de forma inequívoca seu pleno conhecimento do processo fiscal.

16. Vejam que, a contribuinte não pode confundir sua discordância e/ou inconformismo advindo da lavratura dos autos de infração com o efetivo cerceamento do seu direito de defesa e/ou existência de vício insanável apto a anular o lançamento.

17. No curso do presente PAF, não foram criados impedimentos ou limitações ao contraditório efetivo e inexistem obscuridades nos fundamentos de fato e de direito que embasaram o lançamento ou a apuração do crédito tributário.

18. No mais, as matérias aqui suscitadas em sede de preliminar serão abordadas em momento oportuno neste voto, quando da análise de mérito, já que, em se confirmando as inconsistências alegadas, estas poderão ensejar improcedência parcial ou total do lançamento.

19. Do exposto, devem ser afastadas *in totum* as arguições de nulidade.

Questões de Mérito

I. Dos Pontos Controvertidos

20. Conforme relatado, a presente autuação envolve a glosa de despesas na apuração de IRPJ e de CSLL do ano-calendário de 2013 relacionadas à amortização de ágio de investimentos e juros de empréstimos externos contraídos para a aquisição dos referidos investimentos, no valor total R\$ 188.125.371,05, composto da seguinte forma, de acordo com a autoridade fiscal:

Valores em R\$	
DESCRIÇÃO	ADIÇÕES
a) Adição - Amortização Ágio	87.500.571,48
b) Adição - Juros de Empréstimo	101.624.800,57
(=) TOTAL ADIÇÕES	188.125.371,05

* Quadro 13 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 2.864 do e-Processo).

21. De antemão, cumpre registrar que em momento algum foi questionado nos presentes autos a existência, validade e o valor dos ágios amortizados no ano de 2013 pela Recorrente, ou mesmo a inobservância dos requisitos legais previstos nos artigos 385 e 386, do Regulamento do Imposto de Renda ("RIR/99"), para a amortização de ágio, o que foi integralmente acatado pela d. fiscalização, que inclusive expressamente assim consignou no TVF: "***não se trata aqui de negar a existência do ágio gerado na operação. Tampouco de imputar ilegalidade da forma como esta foi feita***" (p. 26 do TVF).

22. No mais, diferente do que constou do voto vencedor exarado no r. acórdão recorrido, não consta do TVF ter a Recorrente utilizado "empresa veículo" para gerar os ágios em comento.

23. Dito isso, considero que a matéria de fato controvertida aqui, que motivou e fundamentou a presente autuação fiscal, é a **suposta ausência de propósito negocial e uso de planejamento tributário abusivo**.

24. Do mesmo modo, especificamente em relação às despesas de juros de empréstimo contraído com empresa no exterior para a aquisição dos investimentos mencionados, a DEMAC/SP também sustenta que tais despesas seriam indedutíveis para fins de IRPJ e de CSLL, sob a alegação de que os recursos poderiam ter sido enviados ao Brasil como aumento de capital ao invés de empréstimo externo e de que as aquisições poderiam ter sido feitas diretamente pela OI EUROPEAN GROUP BV. Logo, também no que toca à essa parcela da autuação, as duntas autoridades fiscais e julgadoras consideraram que a operação é abusiva e, portanto, carece de propósito negocial.

25. Em vista desse contexto técnico, vale trazer breves considerações acerca de eventual enquadramento da conduta praticada pela Recorrente como planejamento tributário abusivo, do que decorreu, inclusive, o enquadramento da conduta como fraude, para fins de imputação da multa qualificada de 150%.

26. Como é cediço e resguardado na Constituição Federal, o direito a livre iniciativa deve ser observado para que, de um lado se respeite a possibilidade de o contribuinte se auto-organizar e gerir com eficiência suas atividades empresariais e, de outro, se preserve a justa arrecadação tributária.

27. Da mesma forma que o tributo é a principal fonte de receitas para manutenção do Estado, a preservação da ordem econômica também assume protagonismo constitucional para fins de garantir o pleno atendimento ao interesse público primário. Sem atividade produtiva, não se arrecada.

28. Nas palavras de Gustavo Binenbojm¹, *“a definição do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores de interesse metaindividuais constitucionalmente consagrados”*.

29. De fato, o direito administrativo deve ser explicado a partir da proporcionalidade e não mais da supremacia e o dito interesse público prescinde da associação dos interesses públicos e particulares.

¹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 239, jan/mar. 2005. Rio de Janeiro, p. 8. Disponível em: <https://goo.gl/LLUkGQ>. Acesso em: 10/05/2019.

30. Celso Antônio Bandeira de Mello² apresenta a noção de interesse público como a projeção de interesses individuais e privados no plano coletivo. O doutrinador rejeita a dissociação dos conceitos ao enfatizar a existência de ligação entre os interesses públicos e privados. Sabemos que não é fácil desconstruir velhos paradigmas, mas é evidente que o Estado brasileiro precisa se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade para atender de forma efetiva os ditames constitucionais.

31. Especialmente em tempos de crise, a balança deve estar equilibrada e esta relação público-privada não deveria gerar antinomias, mas conformações. A manutenção e ampliação da atividade empresarial e, conseqüentemente, da ordem econômica é valor constitucional garantidor do desenvolvimento do país.

32. Assim sendo, esta relatoria tem plena convicção de que o contribuinte não está obrigado a, no curso do exercício das suas atividades empresariais, optar pela forma tributariamente mais onerosa, tampouco deverá pagar o maior imposto possível.

33. Feitas essas considerações, vamos aos aspectos jurídico-tributários propriamente ditos.

34. Tecnicamente, o ordenamento jurídico brasileiro não introduziu a suposta "norma antiabuso" ou "norma antielisão". O próprio parágrafo único do artigo 116, do CTN³, não é autoaplicável, mas depende de regulamentação por lei ordinária, a qual não ocorreu até o presente momento.

35. No ano-calendário de 2002, houve tentativa de regulamentação do citado dispositivo por meio dos artigos 13 e 14, da Medida Provisória nº 66/2002.

36. A redação proposta para citados artigos era no sentido de que a descon sideração de ato ou negócio jurídico poderia ser feita se fosse verificada a "**falta de propósito comercial ou abuso de forma**". Entretanto, essa tentativa de regulamentação não logrou êxito, pois os respectivos artigos da MP 66/2002 foram excluídos quando da sua conversão na Lei nº 10.637/2002.

37. O objetivo do parágrafo único do artigo 116, do CTN é introduzir no sistema tributário nacional a possibilidade de as autoridades fiscais descon siderarem

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53 e ss.

³ CTN, "Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá descon siderar 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."

determinadas condutas dentro de circunstâncias específicas a serem dispostas por meio de norma regulamentadora que, conforme consignado, não existe.

38. E, por mais que as autoridades fiscais tentem aplicar **os efeitos** do citado parágrafo único do artigo 116, do CTN, a chamada "teoria da substância econômica", o entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência atuais é o de que o referido dispositivo permanece sem efeitos e não pode ser aplicado a nenhum caso concreto até que sobrevenha a referida regulamentação por lei ordinária. Nesse sentido, já se manifestou a própria Receita Federal do Brasil:

"Desconsideração de Atos e Negócios Jurídicos - O parágrafo único do art. 116 do CTN, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, possui eficácia limitada, sendo imprescindível para sua eficácia plena a entrada em vigor de lei integrativa". (Decisão nº 3.310; 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG; sessão de 27/03/2003).

No mesmo sentido já se posicionou o antigo Conselho de Contribuintes:

"IPI. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. O dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC nº 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena. Inexistente esta à época dos fatos, o lançamento padece da falta de suporte legal para sua validade e eficácia." (Acórdão nº 202-16.959, da antiga 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes; Rel. Cons. Maria Cristina Roza da Costa; sessão de 28/03/2006).

39. O Poder Judiciário já se externou opinião acerca inaplicabilidade da interpretação visada pela d. fiscalização e autoridades julgadoras no presente caso. Devido à eficácia limitada do parágrafo único do artigo 116 do CTN, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu a seguinte decisão:

"TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. SIMULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. (...) 4. Malgrado toda a discussão doutrinária acerca da aplicação da teoria econômica à elisão fiscal, o art. 116 do CTN não se aplica ao caso dos autos. É que o auto de infração se baseou no artigo 149 do CTN, isto é, na existência de simulação. Independentemente de ser considerada e aplicada com uma norma antielisiva, o art. 116 do CTN somente teria uma posição subsidiária no contexto da lide. Explico. O art. 149 do CTN é específico e taxativo ao prever os casos de evasão (dolo, simulação ou fraude). E tudo o que não se subsumir no art. 149 do CTN deve ser considerado elisão, isto até que o art. 116 do CTN (que não é autoaplicável) venha a ser regulamentado com outras vedações." (TRF 4ª Região, 2ª Turma, Apelação Cível nº 2006.72.04.004363-8, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida; sessão de 19/08/2008).

40. Assim sendo, as normas gerais de controle de planejamentos tributários relacionadas às figuras do abuso de direito, abuso de forma, negócio jurídico indireto, inexistência de propósito negocial (razões extratributárias relevantes) **não têm amparo no**

Direito Tributário Brasileiro e, portanto, não podem ser utilizadas como fundamento para o lançamento⁴.

41. No mais, registro ser filiada à doutrina que defende a impossibilidade de se aplicar o artigo 187, do Código Civil⁵ ao Direito Tributário sem os devidos ajustes normativos específicos (dada a peculiaridade do disciplinamento), via lei complementar. O abuso de direito em matéria cível foi concebido com o *animus* de regular relações de direito privado e não de direito público, daí a necessária conformação constitucional (CF/88) e legal (CTN) para fins de aplicação deste instituto em matéria tributária.

42. De acordo com Paulo Ayres Barreto⁶ os princípios informadores do Direito Privado e do Direito Público não são necessariamente os mesmos, enquanto em relação às normas cíveis "*aceita-se com maior tranquilidade a dilatação do conteúdo das regras em situações conflituosas apreciadas pelo Poder Judiciário, com base nos seus princípios informadores (eticidade, socialidade, operabilidade)*", em matéria tributária prestigia-se a certeza no direito, a segurança jurídica e a estrita legalidade, de modo que seria assegurado ao contribuinte prever com antecedência o alcance preciso das normas tributárias.

43. No mais, Humberto Ávila⁷, ao tratar da eficácia do Código Civil na legislação tributária, fez questão de registrar que para todos os temas reservados às normas gerais em matéria tributária, em que se requer lei complementar, "o novo Código Civil não importa". Para os demais temas, as normas privadas somente importariam caso não houvesse normas tributárias específicas (princípio da especialidade). Logo, a repercussão tributária do Código Civil é restrita.

44. Em termos práticos, as diretrizes do artigo 187, do Código Civil, ecoam de forma a anular o ato ilícito e não permitem a requalificação do ato - efeito esperado quando da aplicação do instituto em matéria tributária, por exemplo. Logo, resta nítida a impossibilidade de as doutas autoridades fiscais e julgadoras buscarem tais fundamentos para a manutenção do auto de infração⁸.

⁴ Para Ricardo Lobo Torres, o objetivo das normas gerais de controle de planejamentos tributários seria "combater o abuso do direito em suas diversas configurações: abuso de forma jurídica, fraude à lei, ausência de propósito mercantil e dissimulação da ocorrência do fato gerador". TORRES, Ricardo Lobo. A Chamada "Interpretação Econômica do Direito Tributário", a Lei Complementar nº 104 e os Limites Atuais do Planejamento Tributário. In Rocha, Valdir de Oliveira. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar nº 104. São Paulo: Dialética, 2001, p. 240-241.

⁵ CC, "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."

⁶ BARRETO, Paulo Ayres. Elisão Tributária: Limites Normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - SP. São Paulo: USP, 2008, p. 215.

⁷ ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In Grumpenmacher, Betina Treiger (coord.) - Direito Tributário e o novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 72-73.

⁸ Maiores aprofundamentos em SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. In Revista de Direito Tributário Atual, nº 24. São Paulo: IBDT/Dialética, 2010, p. 349. NETO, Luis Flávio. Teorias

45. A partir destes pressupostos, neste caso concreto caberia, em havendo efetiva conduta fraudulenta, dolosa ou simulatória⁹ (evasão fiscal), a aplicação e motivação fático-probatória à luz do artigo 149, inciso VII, do CTN¹⁰, o que não ocorreu.

46. Dito isso e em análise da capitulação e motivação do presente auto de infração, verifico que a douta autoridade fiscal **não cuidou** de (i) capitular a suposta infração nos termos do artigo 116, do CTN (pendente de regulamentação) ou do artigo 149, VII, do CTN (hipóteses de dolo, fraude e simulação); e (ii) trabalhar a construção técnica pertinente a demonstrar o existência do elemento doloso apto a configurar determinada conduta como “abusiva” (leia-se fraudulenta). **Limitou-se apenas a fundamentar a autuação em suposta violação a dispositivos de lei genéricos para imposição do IRPJ e da CSLL.**

47. Nesse sentido, vale conferir os dispositivos legais que embasaram os autos de infração de IRPJ e CSLL:

- **Auto de Infração de IRPJ:**

(i) Artigo 3º, da Lei nº 9.249/95; e

(ii) Artigos 247, 249 e 299, do Decreto nº 3.000/99 (RIR);

(iii) Artigo 44, II, da Lei nº 9.430/96; e

(iv) Artigo 72 e 73, da Lei nº 4.502/64.

- **Auto de Infração da CSLL:**

(i) Artigos 2º e 3º, da Lei nº 7.689/88;

(ii) Artigo 57, da Lei nº 8.981/95;

(iii) Artigo 2º, da Lei nº 9.249/95;

(iv) Artigo 1º, da Lei nº 9.316/96; e

(v) Artigo 28, da Lei nº 9.430/96.

48. Logo, na medida que as operações foram calcadas em atos lícitos e diante da inexistência de legislação apta a limitar a capacidade do contribuinte de se auto-organizar e de gerir suas atividades com o menor ônus fiscal - ainda que, *in casu*, tenham sido demonstradas razões extratributárias relevantes (existência de propósito negocial)-, **não há que se falar em abuso**, tampouco considerar a ocorrência de fraude fiscal hábil a ensejar a qualificação da multa de ofício.

do "Abuso" no Planejamento Tributário. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário pela Faculdade da Universidade de São Paulo - SP. São Paulo: USP, 2011, p. 141 e ss.

⁹ Não é demais registrar que sequer foi aventada a ocorrência de simulação.

¹⁰ CTN, "Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

49. **Não é o caso**, mas ainda que motivado pela economia tributária (leia-se boa gestão corporativa), são legítimos os atos praticados pelo contribuinte quando estes são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados e sua dinâmica operacional/negocial. Nesse sentido, vale referenciar o seguinte julgado deste E. CARF:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTÂNCIA DOS ATOS.

O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito negocial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.”

(Acórdão nº 1302001.713, Rel. Cons. Hélio Eduardo de Paiva Araújo, J: 25/03/2015).

50. No caso concreto, conforme será evidenciado a seguir, estamos diante de operação com propósito negocial, onde não se verifica atipicidade da forma jurídica adotada em relação ao fim, ao intenso prático visado, tampouco adoção de forma jurídica anormal, atípica e inadequada. Definitivamente, não estamos diante de condutas abusivas.

51. A partir dessas considerações técnicas, retomo a análise das circunstâncias fático-probatórias que fortalecem o racional acima exposto e, para tanto, vale referenciar o resumo da operação praticada pela ora Recorrente constante do item 3 deste voto em cotejo com os pontos levantados pela d. DRJ e pela d. PGFN, a fim de evidenciarmos a plausibilidade da operação.

II. Da Glosa de Despesa de Amortização do Ágio

52. Quanto ao valor de **R\$ 87.500.571,48** correspondente às despesas de amortização de ágio glosadas pela d. fiscalização (item “a” da tabela), a Recorrente esclareceu e comprovou estarem relacionados a dois ágios por ela registrados (ano-calendário 2013):

- (i) Ágio pago pela **OWENS ILLINOIS AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA. (“OI LATAM”)**, na aquisição, junto à Família BRENNAND, da empresa **INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO - ICAL S/A (“ICAL”)** – que detinha 100% da **COMPANHIA INDUSTRIAL DE VIDROS (“CIV”)** -, conforme contrato de compra e venda firmado em 01/09/2010 (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3306);
- (ii) Ágio pago pela OI LATAM na aquisição da participação de 20,6% dos sócios minoritários, **GRUPO MONTEIRO ARANHA (“MASA”)**, na

Recorrente - conforme acordo de compra e venda de ações firmado em 30/05/2011 (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3307);

53. Evidencio, ainda, que a amortização do ágio foi feita pela Recorrente a partir do ano de 2011, em função de reestruturação societária feita pelo Grupo Owens-Illinois, envolvendo (i) a incorporação da ICAL pela OI LATAM, em 29/04/2011 e, posteriormente, (ii) a incorporação da OI LATAM pela ora Recorrente, em 01/06/2011.

54. Dito isso, passemos a analisar os valores e a contabilização de cada um dos ágios supracitados, em linha com o demonstrado e comprovado pela ora Recorrente.

Ágio ICAL/CIV - R\$ 737.779.835,00

55. O ágio relacionado à aquisição da ICAL/CIV, contabilizado pela OI LATAM em 01/09/2010, corresponde a R\$ 737.779.835,00, de acordo com a conta 190123 do Razão da Recorrente (e-fl. 2.984).

56. Tal ágio foi apurado a partir da diferença entre o valor de R\$ 1.016.261.470,49 pago, em 01/09/2010, pela OI LATAM aos vendedores (Família BRENNAND), conforme cláusula 2.3 do contrato de compra e venda (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3307) e o valor patrimonial da ICAL à época da aquisição, de R\$ 278.481.635,07, registrado como investimento na ICAL, conforme conta 190122 do Razão (e-fls. 2.986).

Ágio MASA - R\$ 155.607.249,00

57. Já o ágio “MASA”, este foi registrado no contexto em que, em vista da ausência de interesse dos sócios minoritários da Recorrente (detentores de 20,6% do seu capital social) em investirem na ampliação dos negócios no ramo vidreiro no Brasil, a OI LATAM adquiriu, em 30/05/2011, a participação desses minoritários (Grupo Monteiro Aranha – “MASA”), pagando um ágio por rentabilidade futura de R\$ 155.607.249,00, conforme demonstra o laudo de avaliação elaborado pela empresa Apsis (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3308) e o lançamento contábil feito na conta 190150 do Razão da OI LATAM à época (e-fl. 2.988).

58. A referida participação dos minoritários (20,6%) foi comprada do Grupo MASA, razão pela qual, conforme esclarecido, os lançamentos contábeis da OI LATAM e da Recorrente relacionados a tal ágio contém em seu descritivo a expressão “Ágio MASA”.

59. A soma do **Ágio ICAL (R\$ 737.779.835,00)** e do **Ágio MASA (R\$ 155.607.250,00)** **totaliza R\$ 893.387.085,00**. Verifico que o prazo para amortização dos dois ágios pela Recorrente foi superior a 10 anos, gerando uma parcela mensal a amortizar de **R\$**

7.291.714,00, conforme indicado no LALUR de 2013 (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3308). Confira-se:

ÁGIO ICAL	R\$ 737.779.835,00
ÁGIO MASA	R\$ 155.607.250,00
TOTAL:	R\$ 893.387.085,00

* R\$ 893.387.085 / 122,5209 = R\$ 7.291.714

60. De acordo com a tabela trazida pela ora Recorrente (e-fls. 3309), o valor mensal de R\$ 7.291.714,29 - que no ano de 2013 somou **R\$ 87.500.571,48**, valor este glosado pelas autoridades fiscais - inclui tanto o Ágio ICAL/CIV quanto o Ágio MASA:

ANO DE 2013

Saldo Inicial: R\$ 754.844.513

Valores em R\$

Período/Mês	Amortização mensal	Saldo a amortizar	Valor amortizado acumulado no ano de 2013
01/2013	7.291.714	747.552.799	7.291.714
02/2013	7.291.714	740.261.085	14.583.429
03/2013	7.291.714	732.969.371	21.875.143
04/2013	7.291.714	725.677.657	29.166.857
05/2013	7.291.714	718.385.943	36.458.571
06/2013	7.291.714	711.094.229	43.750.286
07/2013	7.291.714	703.802.515	51.042.000
08/2013	7.291.714	696.510.801	58.333.714
09/2013	7.291.714	689.219.087	65.625.429
10/2013	7.291.714	681.927.373	72.917.143
11/2013	7.291.714	674.635.659	80.208.857
12/2013	7.291.714	667.343.945	87.500.571

Nota: dos R\$ 7.291.714 amortizados mensalmente pela Recorrente no ano-calendário de 2013, R\$ 6.021.667 referem-se ao Ágio ICAL/CIV e R\$ 1.270.047 referem-se ao Ágio MASA, cabendo esclarecer que no curso da fiscalização que deu origem a esse processo, por mero equívoco, a Recorrente informou uma proporção entre os ágios um pouco distinta. Contudo, isso não impactou a autuação, uma vez que os valores totais de R\$ 7.291.714 e de R\$ 87.500.571, relativos à amortização mensal e anual, respectivamente, permanecem sempre os mesmos.

61. Esclarecido para os demais membros desse Colegiado o valor apurado e glosado pela fiscalização, vale avaliar pontualmente as razões que demonstram a existência do propósito negocial destas operações.

Da Existência de Propósito Negocial

62. Conforme analisado nas premissas constantes dos itens 25 a 50 deste voto, a ausência de propósito negocial e a alegação de suposto planejamento tributário abusivo não seriam motivações suficientes para que a autoridade fiscal pudesse glosar despesas legítimas incorridas pelo contribuinte, **aspecto técnico que, por si só, já bastaria para esta relatoria dar provimento ao recurso voluntário da contribuinte neste item.**

63. Isso porque, repita-se, o instituto do “propósito negocial” ou as ditas “razões extratributárias relevantes” são balizadores **subjetivos adotados pelas autoridades fiscais e julgadoras sem qualquer amparo legal**. Como dito, o parágrafo único do artigo 116 do CTN carece de regulamentação e não é autoaplicável, além de no caso concreto sequer ter sido indicado dentre os dispositivos legais que embasaram os Autos de Infração de IRPJ e CSLL.

64. **Contudo**, em respeito a clara tendência deste E. CARF de ultrapassar tais aspectos de direito material para fins de analisar, em termos fático-probatórios, a existência ou não de propósito negocial, terei o cuidado de considerar os elementos trazidos pela ora Recorrente para fins de demonstrar a sua caracterização, especialmente em atenção ao disposto no artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/1972. Confira-se:

Decreto nº 70.235/1972

“Art. 59, § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

65. De acordo com a Recorrente, os atos por ela praticados “*guardaram propósito, conexão e lógica econômica-negocial com os dois objetivos estratégicos traçados por sua administração para o Brasil, os quais ocorriam paralela e simultaneamente, mas que, se fossem “alocados” na OI BRASIL apenas, trariam grande perda econômico-financeira ao grupo*”. “*Esses movimentos eram: (i) a compra da ICAL/CIV, visando um crescimento de sua atuação no mercado brasileiro de forma mais rápida (em contraposição a um crescimento orgânico apenas) e (ii) a saída dos sócios minoritários da sociedade (OI BRASIL), que, desde 2009, já demonstravam sua intenção de canalizar investimentos para outros ramos de atividade distintos do segmento de fabricação de embalagens de vidro, ramo de atividade da Recorrente*”.

66. No mais, vale transcrever os seguintes esclarecimentos prestados pela contribuinte relativos ao racional das operações aqui em análise (e-fls. 3317 e seguintes), *verbis*:

“87. A Recorrente pertence ao Grupo Owens-Illinois, líder mundial na fabricação de embalagens de vidro. No segmento de fabricação de embalagens de vidro, a expansão das atividades da empresa pode ser feita de duas maneiras: ou por meio de investimento na construção/aquisição de novos fornos e equipamentos para a fabricação dos produtos de vidro; ou investindo-se na aquisição de empresas já existentes neste mercado - e que já possuem os fornos e a estrutura fabril necessários para a produção.

88. No âmbito desse modelo de negócios, e visando expandir as atividades do Grupo Owens-Illinois no Brasil, a OWENS ILLINOIS AMÉRICA LATINA ADMINISTRAÇÃO LTDA. (“OI LATAM”), através do contrato de compra e venda firmado em 01/09/2010 (e-fls. 3317, ref. docs.), adquiriu da Família BRENNAND, pelo valor de R\$ 1.016.261.470,49, a INDÚSTRIA E COMÉRCIO E ADMINISTRAÇÃO - ICAL S/A (ICAL), que detinha 100% da COMPANHIA INDUSTRIAL DE VIDROS (CIV), empresa líder no Nordeste na fabricação e vendas de embalagens de vidro para alimentos, bebidas e fármacos. Tal aquisição gerou o registro na OI LATAM de ágio fundamentado na rentabilidade futura da ICAL/CIV.

89. Para possibilitar a compra desse vultoso negócio no Brasil, foi necessário à OI LATAM contrair empréstimo no valor de USD 525.000.000,00 (equivalentes a R\$ 914.340.000,00), junto à O-I MANUFACTURING NETHERLANDS, B.V., empresa

do grupo no exterior detida pela OI EUROPEAN GROUP B.V., sócia da OI LATAM na época. Além disso, a OI EUROPEAN GROUP B.V. enviou recursos à OI LATAM, a título de aumento de capital, no valor de USD 80.000.000,00 (correspondentes à R\$ 139.328.000,00).

89.1. Neste tocante, a Recorrente enfatiza que **a forma de uma sócia (estrangeira ou não) injetar recursos em uma empresa brasileira é totalmente discricionária de seus sócios**, não havendo qualquer impedimento legal para tanto (independentemente da necessidade de tal injeção de recursos financeiros).

89.2. Há, de fato, poucas regras tributárias que acabam por impedir a dedutibilidade (total ou parcial) de despesas financeiras relacionadas à forma de injeção de capital via empréstimo por sócio não residente, quais sejam: regras de subcapitalização e regras de preços de transferência, regras estas não mencionadas e nem analisadas na autuação fiscal ora combatida. Em outras palavras, **não cabe ao fiscalizador criar regras ou requisitos legais de “financiamento” que a lei não estabeleça**.

90. A OI EUROPEAN GROUP B.V. também era sócia da ora Recorrente, juntamente com a OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER, INC. **e terceiros minoritários no Brasil (do Grupo Monteiro Aranha – “MASA”)**.

91. Neste contexto, a compra da ICAL/CIV foi feita pela OI LATAM - e não pela Recorrente, de imediato - em razão da participação acionária dos minoritários (MASA) no capital social da Recorrente, **os quais não estavam dispostos a investir, contrair empréstimos ou aplicar capital para a aquisição de novos investimentos no País no segmento de atividade da Recorrente**, como a ICAL/CIV, ou a permitir ter sua participação na Recorrente diluída mediante o recebimento de aumento de capital para a aquisição de novos negócios no ramo vidreiro.

92. **Da mesma forma, a inclusão de um novo investimento de tal relevância (ICAL/CIV) no acervo líquido da Recorrente (mesmo que atrelada “parcialmente” a um empréstimo), com certeza, tornaria a negociação com o Grupo MASA extremamente mais complexa e delicada, enfraquecendo a posição da Recorrente na negociação**.

92.1. A esse respeito, cumpre à Recorrente ressaltar que, conforme se verifica em análise das demonstrações financeiras do Grupo MASA, relativas aos anos de 2009, 2010 e 2011 - obtidas junto ao sítio da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), na internet -, no ano de 2009 (fls. 2.990 a 3.016 do e-processo), o grupo definiu como **principal objetivo** estratégico para anos subsequentes a **intensificação de investimentos imobiliários** nos grandes centros urbanos, em parceria com grandes “players” do setor. Tal foco estratégico visava fortalecer a vocação original do grupo, que havia iniciado suas atividades no ramo imobiliário há quase um século. Na época, o Grupo MASA estava confiante que teria excelentes oportunidades de investimento no setor imobiliário, tanto residencial como comercial, nos anos vindouros e acreditava que tais iniciativas impulsionariam o crescimento do grupo no futuro.

92.2. Ou seja, é visível a intenção do Grupo MASA em canalizar seus investimentos no ramo imobiliário, tendo o grupo firmado diversas parcerias com grandes empresas deste setor, a fim de concretizar tal objetivo estratégico.

92.3. No ano de 2010 (fl. 3.018 a 3.083 do e-processo), o Grupo MASA prosseguiu entusiasmado junto à nova proposta de investimentos agressivos no ramo imobiliário, prospectando novas oportunidades para os anos seguintes. Para tanto, ainda constituiu um fundo de investimento em participações societárias (FIP-Petra), ao qual foram atribuídas as participações detidas pelo Grupo MASA na Recorrente e outras companhias. Tal medida teve por objetivo buscar co-investidores para investir **(ou desinvestir, quando fosse o caso)** nas empresas em questão, e também em outras que

viessem a ser adquiridas ou constituídas no desenvolvimento de negócios de seu interesse. **E foi o que de fato ocorreu no ano de 2011!**

92.4. Com efeito, de acordo com as demonstrações financeiras de 2011 do Grupo MASA (fls. 3.085 a 3.140 do e-processo - vide item “Contexto de Negócios em 2011”), a **liquidez** proporcionada pela alienação de sua participação societária de 20,6% na Recorrente, por valor expressivo de mais de R\$ 200 milhões, permitiu ao Grupo MASA, através de sua estrutura de fundos de investimento, maior diversificação de **investimentos em incorporações imobiliárias** e no mercado de capitais, com uma carteira diversificada de ações com alto pagamento de dividendos, i.e., no **novo ramo de interesse do Grupo**.

92.5. Vale ressaltar que a Família Monteiro Aranha fundou a CISPER, atual OI BRASIL (ora Recorrente), há 100 anos atrás (1917) e veio se desfazendo de seus investimentos no ramo vidreiro ao longo dos anos, culminando com a venda da participação societária minoritária remanescente que detinha na Recorrente em 2011. Atualmente, o **Grupo MASA não tem qualquer participação em indústria vidreira**, apenas na área imobiliária e nos grupos Ultra e Klabin (<http://www.monteiroaranha.com.br/> - fls. 3.142 a 3.143 do e-processo)

92.6. Nesse sentido, os fatos, por si só, já comprovam as alegações da Recorrente quanto à rejeição do Grupo MASA à ideia de investir, contrair novos empréstimos, ou aplicar capital para a aquisição de novos investimentos como a ICAL/CIV do ramo vidreiro.

92.7. A própria venda pelo Grupo MASA do total de sua participação minoritária na Recorrente demonstra a veracidade das alegações no sentido de que o Grupo MASA não tinha interesse na aquisição da ICAL/CIV. Se houvesse concordância sobre a estratégia futura de investimentos, provavelmente o Grupo MASA estaria até hoje na sociedade que fundou há mais de um século.

92.8. Além disso, de um ponto de vista societário-empresarial, é cediço que se um acionista resolve aportar capital em uma empresa, haverá a redução do patrimônio dos demais devido a diluição de suas participações societárias, salvo se estes mesmos acionistas também realizem investimentos na mesma proporção do percentual de suas participações no capital social da sociedade. Dessa forma, caso o Grupo MASA viesse a investir no crescimento da Recorrente no País para evitar a diluição do seu patrimônio na sociedade, o grupo estaria caminhando em sentido contrário à sua própria estratégia empresarial, a qual foi informada ao mercado e aos seus investidores.

92.9. Portanto, é visível a ausência de interesse do Grupo MASA à ideia de firmar novos investimentos de grande relevância na indústria de produção de vidro, como foi a operação de aquisição da ICAL/CIV, razão pela qual tal aquisição foi conduzida por meio da OI LATAM.

93. Ocorre que, não obstante a detalhada exposição oferecida pela ora Recorrente acima, além de toda a documentação de suporte a tais explicações, a r. decisão de primeira instância administrativa entendeu que não houve comprovação de propósito negocial nas operações societárias que geraram os Ágios ICAL/CIV e MASA.

94. Para o espanto da Recorrente, especificamente em relação ao Ágio MASA, ousou a r. decisão alegar que a Recorrente não trouxe qualquer elemento para justificar o propósito negocial contido na aquisição da participação societária do Grupo MASA, alegação esta totalmente descabida, uma vez que, como se pode visivelmente aferir, **a Recorrente discorreu ao longo de um tópico inteiro de sua defesa administrativa, em extensas páginas, todo o contexto em que se deram as negociações que originaram ambos os ágios**, tendo inclusive repassado todo o histórico do Grupo MASA e sua estratégia prospectada e informada ao mercado e aos seus investidores, no sentido de se desfazer dos negócios não relacionados ao ramo imobiliário.

95. Tal farta explicação apresentada pela Recorrente foi, inclusive, colacionada ao próprio acórdão ora atacado, o que leva a Recorrente a crer que todo o trabalho desenvolvido para auxiliar as d. autoridades julgadoras de primeira instância a entenderem, passo a passo, todas as negociações envolvidas nas operações, sequer foi lido antes da prolação dos votos que compõe a decisão ora recorrida.

96. Quanto à constituição do FIP-Petra, pelo Grupo MASA, argumentam as r. autoridades julgadoras que tal fato não pode ser considerado como evidência de ausência de interesse do Grupo MASA em adquirir novos investimentos no ramo vidreiro, motivando a negociação da ICAL/CIV por meio da OI LATAM. Na opinião das r. autoridades julgadoras, o FIP-Petra apenas faria prova de que o Grupo MASA teria interesse em otimizar seus investimentos, **mesmo tendo o relatório de administração apontado expressamente que o fundo também teria como objetivo o DESINVESTIMENTO, quando fosse o caso, conforme os interesses do Grupo, o que já se comprovou por meio de tantos outros documentos.**

97. Ademais, argumenta a d. DRJ/SPO que a aquisição da ICAL/CIV pela OI LATAM, ao invés de diretamente pela Recorrente, não teria um propósito negocial, porquanto tal investimento também traria diversos benefícios ao Grupo MASA, argumento este que também não se admite, já que o simples fato de um negócio possuir alto potencial de rentabilidade, não é sinônimo de aprovação automática por todas as parte envolvidas. Esta premissa tampouco merece ser admitida haja vista que as autoridades fiscais parecem mais uma vez olvidar-se que para a realização de um investimento dessa magnitude em termos de valores (aquisição da ICAL/CIV) – ainda que diretamente por meio da OI BRASIL-, seria necessária a concordância dos sócios minoritários para com a realização de um expressivo aporte de capital ou a **obtenção de empréstimo**, sob pena destes mesmos sócios verem diluída a sua participação societária na OI BRASIL, resultando em um verdadeiro prejuízo financeiro.

98. Isto porque, apesar de a atividade empresarial pressupor a busca pelo lucro, cada pessoa jurídica possui estratégias próprias delineadas, metas de investimentos previamente definidas, prospecções para anos vindouros, enfim, cada uma possui suas particularidades e interesses próprios. Portanto, o fato de o Grupo Owens-Illinois considerar a aquisição da ICAL/CIV um investimento que traria benefícios a todos os seus acionistas, não leva de forma alguma à suposição de que todos estes, particularmente terceiros como os sócios minoritários, obrigatoriamente, deveriam ter interesse em tal negociação.

99. Não obstante todas as absurdas alegações da d. DRJ/SPO para tentar justificar a inexistência de propósito negocial, **repetidamente as autoridades julgadoras se referem à operação como se o Grupo Owens-Illinois tivesse utilizado “empresa veículo” (OI LATAM)**, constituída apenas com o intuito de gerar o ágio ICAL/CIV, o que jamais poderá ser admitido.

100. Isto porque, além de tal acusação nunca ter sido realizada pela própria fiscalização quando da autuação da Recorrente – com efeito, o próprio TVF expressamente destaca que não se nega a existência do ágio e tampouco se imputa ilegalidade da forma como a operação foi realizada (Vide item 6 e pág. 26 do TVF) -, fato é que **não se trata o presente caso de discussão acerca de constituição de empresa veículo.**

101. Com efeito, conforme já havia sido demonstrado ao longo da presente discussão administrativa, a OI LATAM – outra empresa do Grupo Owens-Illinois, escolhida para a negociação relacionada à aquisição da ICAL/CIV junto à Família BRENNAND, a fim de assegurar o interesse dos minoritários da Recorrente, evitando diluições indesejadas, e ao mesmo tempo não prejudicar o andamento das negociações - **já existia desde 2007 e detinha participação societária em outras empresas do Grupo Owens-Illinois no Brasil.**

102. Cabe registrar que a OI LATAM foi constituída em 10/08/2007 (ficha de breve relato, arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3323) e, portanto, muito antes da aquisição da ICAL/CIV, que ocorreu apenas em setembro de 2010, e da aquisição da participação societária do Grupo MASA na Recorrente que ocorreu em maio de 2011. Além disso, a OI LATAM era uma empresa operacional, com diretores, gerentes e empregados, conta bancária em instituição financeira nacional, tendo como principal atividade a participação em outras sociedades, sendo que em 2010 detinha participação na Owens-Illinois do Brasil (CNPJ: 31.452.279/0001-78) e na Companhia Industrial São Paulo e Rio - Cispor (CNPJ: 33.174.145/0001-68). A existência de empregados na OI LATAM pode ser facilmente verificada em sua DIPJ relativa ao ano calendário de 2010 (**fls. 3.145 a 3.182 do e-processo**), que indica na Ficha 05A (Despesas Operacionais), linhas 02 ("Ordenados, Salários, Gratif. e Outras Remun. a Empreg"), 05 ("Encargos Sociais, inclusive FGTS) e 29 (Assistência Médica, Odont. e Farmac. a Empregados) as despesas da empresa com empregados.

102.1. A OI LATAM, ademais, também tinha em seu objeto social a administração de negócios e empresas; administração, locação e comodato de bens móveis e imóveis, bem como a prestação de serviços de consultoria financeira e contábil, recursos humanos, marketing e vendas, desenvolvimento industrial, suprimentos, serviços jurídicos, consultoria tributária, auditoria, projetos especiais e em tecnologia da informação.

103. Dessa forma, não se pode alegar que a OI LATAM teria sido constituída como uma "empresa veículo" ou que seria uma "empresa de passagem" constituída com o único propósito de registrar ágio no Brasil e se valer da regra fiscal que permite a sua amortização fiscal, como acusou a DRJ/SPO. Sua constituição ocorreu muito antes das negociações para a compra da ICAL/CIV e sua existência não guarda qualquer relação com o benefício fiscal de amortização de ágio, previsto na legislação brasileira.

104. Em 29/04/2011, houve a aprovação da reorganização societária das atividades da OI LATAM e da ICAL (cujos objetivos sociais compreendiam, dentre outras atividades, a participação em outras sociedades) através da incorporação da ICAL pela OI LATAM, integrando-se ambas as sociedades em uma única pessoa jurídica. Tal incorporação, conforme inclusive consignado no Protocolo de Incorporação e Justificação anexo à Ata de Reunião de Sócios daquela data (arquivo não paginável do e-processo, ref. e-fls. 3324), teve como objetivo estratégico central aumentar a eficiência das operações dessas sociedades, especialmente no âmbito financeiro e administrativo, com a centralização das atividades em uma única pessoa jurídica, além de fortalecer as bases de sustentação de seus negócios e otimizar custos.

105. E, no contexto acima em que os minoritários (MASA) não tinham interesse em investir capital novo ou em incorrer em financiamentos para a aquisição da ICAL/CIV, foi que, em 30/05/2011: **(i) a OI EUROPEAN GROUP B.V.** contribuiu na OI LATAM a totalidade das ações que detinha da Recorrente (representativas de 78,6% de seu capital), de maneira que a OI LATAM passou a ser uma das acionistas da Recorrente; e **(ii) a OI LATAM adquiriu dos terceiros minoritários (MASA) a participação destes (20,6% de seu capital) na Recorrente.** Assim, a Recorrente passou a ser detida, a partir de tal data, exclusivamente, pela OI LATAM e pela **OWENS BROCKWAY GLASS CONTAINER, INC.**

106. Com a saída dos minoritários (MASA) do capital social da Recorrente, foi que esta, **em 01/06/11, incorporou a OI LATAM, momento este a partir do qual a Recorrente passou a amortizar os ágios relacionados às aquisições da ICAL/CIV e da participação societária na própria Recorrente, adquirida dos minoritários.**

107. Registre-se que, diferentemente do que sustentou a d. fiscalização, a incorporação da OI LATAM, pela Recorrente, não teve como único propósito a possível economia tributária propiciada pela amortização dos ágios pagos nas aquisições da ICAL/CIV e das ações antes detidas pelo Grupo MASA. Ainda que tal benefício fiscal possa ter sido

considerado - o que é perfeitamente lícito e natural e de forma alguma deslegitimaria a transação - a decisão dos administradores das duas empresas de fazer a incorporação foi pautada em objetivos e finalidades negociais muito mais abrangentes.

108. Com efeito, dentro de uma perspectiva de expansão de seus negócios, a decisão de incorporar a OI LATAM na Recorrente foi tomada como medida de racionalização das atividades das sociedades, flexibilização e eficiência na gestão de patrimônio no âmbito do processo organizacional do Grupo Owens-Illinois no Brasil, buscando, dentre outros objetivos, a simplificação da estrutura societária das empresas do grupo após a saída dos acionistas minoritários, trazendo, desta forma, vantagens para todos os demais acionistas e benefícios de ordem administrativa, financeira e econômica, com o melhor aproveitamento de recursos.

108.1. Ressalta-se que, à época da incorporação, a OI LATAM detinha saldo de “milhões de reais” de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, cuja composição se iniciou em 2007 (vide pág. 14 do LALUR da OI LATAM de 2011 anexo – **fls. 3.184 a 3.198 do e-processo**) e que foi “jogado no lixo” quando da incorporação. Este fato já mostra mais uma fragilidade da argumentação apresentada no TVF quanto à suposta ausência de propósito negocial.

108.2. Isto porque, com a incorporação da OI LATAM pela Recorrente (OI BRASIL), **perdeu-se a oportunidade de aproveitar quarenta e seis milhões de Reais de prejuízo fiscal, de modo que não há que se cogitar na utilização da OI LATAM como empresa veículo!!**

108.3. Registre-se que, quanto a este último aspecto, apesar de a perda de milhões de Reais em prejuízos fiscais detidos pela OI LATAM ter constado no relato dos fatos do acórdão ora recorrido, a d. DRJ/SPO sequer se manifesta a esse respeito, seja no Voto Vencido, seja no Voto Vencedor, o que demonstra o descuido com que foi proferida a decisão de primeira instância no presente caso.

109. Outrossim, é totalmente incabível a alegação da d. fiscalização de que o real investidor na aquisição da ICAL/CIV e da participação minoritária do Grupo MASA na Recorrente seria a **OI EUROPEAN GROUP B.V.** sediada fora do país. Tal alegação da d. fiscalização foi pautada meramente no fato de a OI LATAM ter contraído empréstimo de empresa do Grupo no exterior para poder realizar os investimentos no Brasil. Ora, conforme comentaremos mais a seguir, é cediço que a tomada de empréstimos e financiamentos para a realização de investimentos e expansão de negócios é operação perfeitamente comum, usual e necessária às atividades operacionais de uma empresa.

110. Considerando-se a descrição dos fatos acima, ao contrário do que alega a d. fiscalização, resta claro que as reestruturações societárias envolvidas (i) tanto na aquisição da ICAL/CIV, (ii) quanto na aquisição da participação societária do Grupo MASA na Recorrente, tiveram sim **PROPÓSITOS NEGOCIAIS** e não foi simplesmente uma estrutura pensada com o único propósito de aproveitar-se da amortização dos ágios.” (destaques do original)

67. Para além dos **vastos esclarecimentos bem lastreados pelo respectivo conjunto probatório**, vale trazer algumas ponderações de ordem fática que demonstram de forma inequívoca, para essa relatoria, que: (i) as doughtas autoridades fiscal e julgadora consideraram a ocorrência de planejamento tributário abusivo em situações que estão à margem de qualquer impedimento legal; e (ii) a operação teve efetivo propósito negocial.

68. De acordo com os documentos obtidos na própria bolsa de valores, demonstrações financeiras, dentre outros, o grupo MASA tinha como objetivo estratégico intensificar investimentos imobiliários nos grandes centros urbanos, em parceria com “players” do setor. Inclusive, sua estratégia prospectada e informada ao mercado e aos seus investidores, era se desfazer dos negócios não relacionados ao ramo imobiliário. E, como não tinha qualquer participação em indústria vidreira, considero natural que o Grupo MASA, diante da ideia de firmar novos investimentos na indústria de produção de vidro, como foi a operação de aquisição da ICAL/CIV, optasse por conduzir a negociação por meio da OI LATAM. Novamente, não há qualquer vedação legal e, portanto, o fisco não poderia exigir conduta diversa aos interesses puramente privados das companhias envolvidas.

69. No mais, considero que o FIP-Petra não só faz prova de que o Grupo MASA teria interesse em otimizar seus investimentos, mas, com base no relatório de administração e conjunto probatório relacionado, que também teria como objetivo o desinvestimento, conforme os interesses do Grupo.

70. A d. DRJ sustenta que a aquisição da ICAL/CIV pela OI LATAM, ao invés de diretamente pela Recorrente, não teria um propósito negocial, porquanto tal investimento também traria diversos benefícios ao Grupo MASA. Contudo, concordo com a Recorrente que o simples fato de um negócio possuir alto potencial de rentabilidade, não é sinônimo de aprovação automática por todas as partes envolvidas – *“necessária a concordância dos sócios minoritários com a realização de expressivo aporte de capital ou a obtenção de empréstimo, sob pena de estes mesmos sócios verem diluída a sua participação societária na OI BRASIL, resultando em verdadeiro prejuízo financeiro”*.

71. Logo, evidencio que a OI LATAM não foi constituída apenas com o intuito de gerar o ágio ICAL/CIV e, diferente do que afirmou d. DRJ, ela não deve ser considerada “empresa veículo”. Vejam que, nem a d. autoridade fiscal ousou assim classificá-la.

72. Frise-se que, a OI LATAM foi constituída em 10/08/2007 e, portanto, muito antes da aquisição da ICAL/CIV. No mais, OI LATAM era uma empresa operacional, com diretores, gerentes e empregados, conta bancária em instituição financeira nacional, tendo como principal atividade a participação em outras sociedades, sendo que em 2010 detinha participação na Owens-Illinois do Brasil (CNPJ: 31.452.279/0001-78) e na Companhia Industrial São Paulo e Rio - Cispor (CNPJ: 33.174.145/0001-68). Assim sendo, como pode ser considerada empresa veículo? Não pode.

73. Ademais, como é possível enquadrar a OI LATAM como empresa veículo se com a sua incorporação pela Recorrente (OI BRASIL), perdeu-se a oportunidade de aproveitar quarenta e seis milhões de reais de prejuízo fiscal? Chega a ser ilógico.

74. Diferente do que sustentou a d. fiscalização, evidencio que a incorporação da OI LATAM pela ora Recorrente, não teve como único propósito a possível economia tributária propiciada pela amortização dos ágios pagos nas aquisições da ICAL/CIV e das ações

antes detidas pelo Grupo MASA. Saliente-se que, tal medida, claramente racionalizou as atividades das sociedades, flexibilizou e trouxe eficiência na gestão de patrimônio no âmbito do processo organizacional do Grupo Owens-Illinois no Brasil, buscando, dentre outros objetivos, a simplificação da estrutura societária das empresas do grupo após a saída dos acionistas minoritários, trazendo, desta forma, vantagens para todos os demais acionistas e benefícios de ordem administrativa, financeira e econômica, com o melhor aproveitamento de recursos.

75. No mais, discordo da alegação de que a fiscalização de que o real investidor na aquisição da ICAL/CIV e da participação minoritária do Grupo MASA na Recorrente seria a OI EUROPEAN GROUP B.V. sediada fora do país. Isso porque, tal constatação foi pautada meramente no fato de a OI LATAM ter contraído empréstimo de empresa do Grupo no exterior para poder realizar os investimentos no Brasil.

76. É certo que, a forma de uma sócia (estrangeira ou não) injetar recursos em uma empresa brasileira é decisão exclusiva dos seus sócios e não pode sofrer ingerência do fisco, vez que não há qualquer impedimento legal, tampouco prescinde de comprovação de que tal injeção de recursos financeiros era necessária. Logo, o fato da OI LATAM contrair empréstimo no valor de USD 525.000.000 junto à O-I MANUFACTURING NETHERLANDS, B.V., não pode ser rechaçado pelas autoridades fiscais e julgadoras, tampouco ser elemento motivador para considerar determinada operação como abusiva.

77. Para as ditas autoridades fiscais e julgadoras, a aquisição da ICAL/CIV deveria ter sido feita diretamente pela sócia da Recorrente no exterior (**OI EUROPEAN GROUP B.V.**), ao invés da OI LATAM, e que se assim tivesse ocorrido, não haveria o registro do ágio, nem se incorreria nas despesas com juros relacionadas ao empréstimo externo tomado para a aquisição dos investimentos, as quais teriam ocasionado prejuízo aos cofres públicos, uma vez que reduziram a base tributável do IRPJ e da CSLL.

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

79. Ora, não existe qualquer "abuso" em optar por adquirir investimento através de empresa já existente e legalmente constituída no Brasil, mormente quando não se trata de "empresa veículo" sem atividades ou constituída apenas para adquirir investimento no Brasil.

Importante lembrar que a ICAL/CIV poderia, da mesma forma, ter sido adquirida diretamente pela Recorrente, o que não ocorreu, conforme comprovado, em função da participação minoritária do Grupo MASA no seu capital social e da falta de interesse destes em investir, contrair empréstimos e expandir as atividades da empresa no Brasil com a aquisição da ICAL/CIV.

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

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

82. Ademais, a ora Recorrente cuidou de demonstrar que a OI LATAM já possuía conta corrente em instituição financeira brasileira, o que lhe possibilitou receber os valores necessários para a realização do investimento em território nacional e viabilizou o depósito em garantia e a transferência de recursos (via TED) para os sete sócios da ICAL ("Família BRENNAND"), todos pessoas físicas brasileiras. Vejam que, tal dinâmica operacional claramente trouxe celeridade à concretização do negócio, reduziu a burocracia relacionada, garantiu segurança no cumprimento das obrigações contratadas em moeda nacional e afastou o risco cambial.

83. Outro ponto levantado pela d. fiscalização no respectivo TVF é de que para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento através dos institutos da incorporação, fusão ou cisão entre as empresas (investida e investidora). Ao fazer tal alegação, a d. fiscalização sugere que no presente caso não teria ocorrido a extinção dos investimentos via incorporação, posto que o real investidor seria a **OI EUROPEAN GROUP B.V.** e que a real empresa investida seria a CIV, 100 % detida pela ICAL.

84. Em vista deste racional, a d. DRJ/SPO julgou o empréstimo contraído junto à **OI MANUFACTURING NETHERLANDS B.V.** como inapto a produzir efeitos fiscais no Brasil. No entender das r. autoridades julgadoras, como a OI LATAM foi utilizada como mero

veículo para viabilizar a fruição de benefícios fiscais no Brasil os juros afetos ao empréstimo tomado para viabilizar a aquisição da ICAL/CIV somente seriam dedutíveis pela **OI MANUFACTURING NETHERLANDS B.V.**

85. Novamente, esta relatoria tem que discordar de tal linha argumentativa por patente ausência de amparo legal que a justifique. O fato de a OI LATAM ter necessitado de empréstimo externo para adquirir os investimentos não tem o condão de alterar a figura do investidor/adquirente nas operações realizadas. Se assim fosse, toda empresa no Brasil que adquirisse um investimento e se valesse de financiamento para tanto não seria a titular/proprietária do investimento adquirido ou deveria obrigatoriamente contrair tal financiamento tão somente com instituições financeiras ou empresas no Brasil. Como bem consignou a Recorrente, *“seria o mesmo que exigir que para ser o titular do investimento a empresa teria que ter recursos próprios em caixa, não podendo nunca se financiar para investir e ampliar seus negócios”*.

86. Nesse sentido, cabe mencionar o trecho do voto do Cons. Caio Cesar Nader Quintella proferido no Acórdão nº 1402-002.373, que tratou com bastante clareza a questão:

“Negar a dedutibilidade de uma despesa de investimento, sob a justificativa de que os seus reais detentores são empresas estrangeiras, desconsiderando anos de operações societárias e parcerias comerciais verdadeiras, ocorridas no Brasil (não foi questionada a legitimidade da parceria com o Grupo Klabin, que perdurou 9 anos, e nem com o Grupo Brasfanta, que perdurou 10 anos), pelo simples fato de o financiamento efetivo de tal investimento advir, originalmente, das controladoras internacionais de um grupo mundial não é razoável e simplesmente ignora o cenário globalizado da economia atual.

Se válida essa lógica, toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu anteriormente de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro.

E uma vez demonstrado que as empresas holdings, brasileiras, estavam regularmente constituídas, dentro de seus propósitos, essas, naturalmente, revestiram-se de investidoras quando do dispêndio para uma aquisição societária, devidamente registrando essa sua despesa, inclusive a parcela percebida como ágio, não podendo também manter-se a glosa sob a alegação da falta de absorção patrimonial entre investida e investidora”

87. A este respeito, note-se que o próprio r. relator original do acórdão recorrido, Sr. Auditor Fiscal Daniel Takahashi, consignou no Voto Vencido o mesmo entendimento acima exposto pela Recorrente, tendo inclusive comentado o julgado trazido acima pela Recorrente (e-fls. 3250/3251):

Como bem colocado pelo ilustre Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella no acórdão 1402-002.443 caso a interessada optasse pela injeção de recursos via aumento de capital, os limites para pagamento de juros sobre capital próprio seriam majorados, sendo essa uma despesa também dedutível. Dessa forma, caberia a autoridade fiscal demonstrar a abusividade da forma adotada pela interessada e que gerou despesas dedutíveis de juros indevidamente.

88. Mas não é só, a própria legislação tributária aplicável ao caso não traz qualquer vedação em relação à aquisição de investimento em empresas *holding* como a ICAL. Com efeito, o artigo 386, caput, do RIR/99 dispõe que:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

(...)

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

(...)”

89. Note-se que, o artigo 386 do RIR/99 estabelece como condição para amortização fiscal do ágio de rentabilidade futura **apenas a absorção do patrimônio da empresa investida pela empresa investidora (ou vice-versa), via incorporação, fusão ou cisão, não havendo qualquer exceção ou restrição vinculada ao fato de a investida ser ou não uma *holding*.**

90. O fato de a empresa objeto do contrato de compra e venda ter sido a ICAL e não a CIV diretamente não tem qualquer influência na possibilidade jurídica de amortizar fiscalmente o ágio, até mesmo porque, sendo a CIV 100% controlada pela ICAL e sendo esta uma *holding*, o valor econômico-financeiro e a rentabilidade futura da CIV estavam refletidos na ICAL via equivalência patrimonial.

91. Portanto, é sem amparo legal a argumentação das ditas autoridades fiscais de que não teria ocorrido a extinção do investimento na operação de aquisição da ICAL para fins de amortização do ágio.

92. Diante das razões fáticas e jurídicas aqui expostas, merecerem ser afastadas as glosas de despesas com amortização dos ágios da ICAL/CIV e da MASA.

III. Da Glosa de Despesas de Juros Decorrentes de Mútuo com Pessoas Ligadas

93. Conforme acima relatado, para possibilitar a compra de investimento de mais de 1 bilhão de reais no Brasil (aquisição da ICAL/CIV) foi necessário à OI LATAM contrair empréstimo externo no valor de USD 525.000.000,00, equivalentes a **R\$ 914.340.000,00**, junto à **O-I MANUFACTURING NETHERLANDS, B.V.**, empresa do grupo no exterior detida pela **OI EUROPEAN GROUP B.V.**, sócia da OI LATAM na época. Além disso, a **OI EUROPEAN GROUP B.V.** enviou recursos à OI LATAM, a título de aumento de capital, no valor de USD 80.000.000,00, correspondentes à R\$ 139.328.000,00.

94. Adicionalmente, em 3º aditivo ao contrato de empréstimos de 30/05/2011, a OI LATAM recebeu o equivalente a **R\$ 167.475.000,00**, para a aquisição do percentual de 20,6%, correspondente à participação do Grupo MASA na Recorrente.

95. Como se não bastassem as alegações da d. fiscalização de que as despesas de juros de empréstimo seriam indedutíveis pela suposta ausência de propósito comercial nas operações, e pela suposição de que a compra da ICAL/CIV e da participação de 20,6% do Grupo MASA na Recorrente poderia ter sido feita diretamente pela **OI EUROPEAN GROUP B.V.** - argumentos já afastados nos itens anteriores - a DEMAC/SP ainda tentou justificar a glosa dessas despesas sob o argumento de que os recursos poderiam ter sido enviados à OI LATAM pela sua sócia **OI EUROPEAN GROUP B.V.** como aumento de capital ao invés de empréstimo.

96. Vale registrar que, **em nenhum momento a autoridade fiscal descaracterizou a existência e a efetividade do empréstimo**, cujos documentos foram analisados no decorrer da fiscalização e acostados ao presente processo administrativo. Tampouco a d. fiscalização justificou ou fundamentou a autuação nas regras brasileiras de preços de transferência para a dedutibilidade de juros, vigentes à época da compra da ICAL/CIV e das ações residuais da Recorrente (registro de empréstimo internacional junto ao Banco Central do Brasil) (Lei nº 9.430/10, art. 22, §4º) ou de subcapitalização (Lei nº 12.249/10, arts. 24 a 26), que

visam evitar a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL por endividamento abusivo obtido com partes relacionadas.

97. Dessa forma, **a justificativa usada pela DEMAC/SP de que a OI LATAM poderia ter recebido os recursos integrais - para adquirir a ICAL/CIV e a participação do Grupo MASA na Recorrente - como aumento de capital, carece de base legal.**

98. Repita-se, o próprio relator original do julgamento de primeira instância administrativa entendeu como totalmente lícita e protegida pela legislação pátria a injeção de recursos para a aquisição da ICAL/CIV e da participação do Grupo MASA na Recorrente via contrato de mútuo, tendo votado pela integral dedutibilidade dos juros decorrentes do mútuo celebrado com a **O-I MANUFACTURING NETHERLANDS, B.V.**, uma vez que cabe a cada empresa decidir como se organizar, investir, ou contratar, desde que a forma adotada não seja ilícita (e-fls. 3250 e 3254):

Às e-fls. 3250:

Dentre os fundamentos da ordem econômica consagrados no ordenamento constitucional pátrio está o da livre iniciativa, alçado a princípio, tem como sentido a liberdade de empresa, de investimento de organização e de contratação. Por esse fundamento, as empresas têm liberdade de se organizarem da forma que melhor atenda seus objetivos, desde que a forma adotada não seja ilícita.

Por sua vez, tal princípio não é absoluto, encontrando limites em outros princípios que informam a matriz constitucional, como o da capacidade contributiva e da isonomia.

Inserindo o princípio da livre iniciativa ao presente caso, no meu entendimento, não haveria qualquer óbice para que a OI European Group optasse por injetar os recursos necessários para a aquisição da ICAL/CIV pela OI LATAM via contrato de mútuo com empresa ligada sediada na Holanda. Não poderia a autoridade fiscal considerar abusivo dito contrato apenas colocando que a injeção de recursos poderia ser feita por aumento de capital ou que a OI European poderia ter adquirido a ICAL/CIV diretamente, sem utilizar empresa sediada no Brasil.

Às e-fls. 3254:

Assim, no presente caso, em meu entendimento, poderia a autoridade fiscal analisar se os contratos de mútuo com empresa ligada sediada na Holanda atendeu aos preceitos dispostos na legislação quanto às regras de subcapitalização, considerando indedutível os valores que superassem os limites postos nos §§ 1 a 5 do art. 25. Ou mesmo verificar se os requisitos previstos no art. 26 do referido comando legal foram atendidos.

Mas não foi esse o caminho seguido pela autoridade fiscal que optou por considerar planejamento tributário abusivo a contração de mútuo com empresa ligada sediada no exterior, glosando a totalidade das despesas de juros provenientes desse contrato, com o argumento de que a injeção de recursos poderia ser feita por meio de aumento de capital ou mesmo que a OI European Group poderia adquirir diretamente a participação na ICAL/CIV sem utilizar empresa subsidiária no Brasil.

Portanto, em decorrência do princípio da livre iniciativa, as empresas podem escolher a forma mais adequada para organizar seus negócios e obter os recursos financeiros

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

99. Sigo o racional supra, vez que inexistente no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal que autorize a desconsideração de ato jurídico lícito e efetivo, como a operação de empréstimo externo ora em comento, sob a equivocada alegação de que o contribuinte poderia receber recursos como aumento de capital.

100. É certo que, em linha com o consignado pela ora Recorrente, “*a norma jurídica existente que mais se identificaria com esta tentativa de d. fiscalização em dar à atuação algum viés de legalidade seria a que trata das regras de subcapitalização*”. Todavia, conforme já ressaltado acima, não foi este o embasamento legal utilizado pela DEMAC/SP, até mesmo porque, não obstante este não seja o ponto de discussão, evidencio que a Recorrente cumpriu rigorosamente com as regras de subcapitalização - mantém os cálculos dos limites de dedutibilidade destes juros, adicionando-os prontamente às apurações dos tributos IRPJ e CSLL quando excedidos (vide DIPJ 2014 - Linha 10 / Fichas 09 e 17).

101. No mais, as despesas de juros poderiam eventualmente ser glosadas se não tivessem sido comprovadas e escrituradas ou se não fossem necessárias ou ainda se não tivessem observado o regime de competência, o que **não evidencio no presente caso**.

102. As despesas de juros incorridas pela Recorrente são despesas operacionais perfeitamente dedutíveis como base no artigo 47, da Lei nº 4.506/64, *verbis*:

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

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

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

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

104. O próprio CARF já decidiu em situações análogas que as despesas com juros de empréstimo contraído para a aquisição de participação societária, visando a expansão dos negócios da pessoa jurídica, são dedutíveis para fins de IRPJ e de CSLL, conforme demonstram as ementas a seguir colacionadas:

"CONTRATO DE MÚTUO. DESPESAS COM JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE.

Comprovada a necessidade da contratação do mútuo para a complementação de recursos destinados ao pagamento de aquisição de participação societária e, conseqüentemente, expansão dos negócios da pessoa jurídica, as despesas com juros e variação cambial decorrentes deste contrato são consideradas dedutíveis para fins de determinação da base de cálculo da CSLL." **(Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Acórdão 1103-001.181)**

"DESPESAS FINANCEIRAS GLOSA IMPROCEDÊNCIA.

O negócio jurídico de mútuo, mesmo celebrado entre pessoas jurídicas interligadas, quando efetivamente realizado e de cujo contrato haja previsão da cobrança de juros e/ou atualização monetária, faculta ao mutuário a dedutibilidade de tais encargos, como despesas operacionais. Ao negar a dedutibilidade dos juros contratados também deveriam ser negadas as receitas tributáveis posteriormente produzidas por esses mesmos empréstimos. Recurso Especial do Contribuinte Provido" **(Câmara Superior de Recursos Fiscais - Acórdão 9101-001.394)**

"DESPESAS COM JUROS E VARIAÇÃO MONETÁRIA DECORRENTES DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

As despesas com Juros e Variação Monetária decorrentes da assunção de dívida permutada pela participação societária no caso de empresas cujo objeto é a participação em outras empresas, são dedutíveis por serem necessárias à aquisição do investimento." **(Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - 1ª Câmara – Acórdão 101-96152)**

105. Diante do exposto, não restam dúvidas que as despesas de juros de empréstimo incorridas pela Recorrente no ano de 2013 são perfeitamente dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, devendo ser cancelados os respectivos lançamentos de IRPJ e de CSLL.

IV. Lançamento Reflexo de CSLL

106. Dada à íntima relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento reflexo o decidido no principal.

Conclusão

107. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do RECURSO interposto e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa