



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

Processo n° 10980.720029/2017-25
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.246 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2018
Matéria AMORTIZACAO DE AGIO
Recorrente GLOBAL VILLAGE TELECOM S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015

ÁGIO. INVESTIDA. REAL INVESTIDORA. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com a sua real investidora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

MULTA ISOLADA. APURAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA. APLICAÇÃO.

É devida, nos termos da lei, a aplicação de multa isolada em decorrência da falta de pagamento de estimativa após o encerramento do ano-calendário, ainda que tenha sido apurado prejuízo ou base de cálculo negativa no ajuste anual.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA SELIC. INCIDÊNCIA. Sobre a multa de ofício lançada incidem juros de mora à taxa SELIC. Precedentes do STJ e da CSRF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar apenas a glosa do ágio oriundo da OPA (Oferta Pública de Aquisição). Vencidos os conselheiros: Luis Fabiano Alves Penteadó, Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Bárbara Santos Guedes e Gisele Barra Bossa que davam provimento ao recurso voluntário. Designada a conselheira Eva Maria Los para redigir o voto vencedor. E, por unanimidade de votos, em manter a multa isolada por insuficiência de recolhimento por estimativa mensal na parte em que restou mantida a glosa do ágio.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente da **glosa** de amortização de ágio deduzido no ano calendário de 2015, o que levou a redução do prejuízo fiscal e base negativa de CSLL apurados neste período, bem como a exigência de **multa isolada** em razão das estimativas mensais de janeiro e fevereiro daí decorrente.

Consoante consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 23/73):

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

*Trata-se de procedimento fiscal instaurado em face de **GLOBAL VILLAGE TELECOM SA**, CNPJ 03.420.926/0001-24, doravante designada **FISCALIZADA**, conforme Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) n° 0900100-2015-00003-4 (fl. 78), para verificação de obrigações tributárias relativas ao **Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ)** e à **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)** dos anos-calendário 2013, 2014 e 2015.*

***Cuida-se neste processo apenas do ano-calendário (AC) 2015.** As providências fiscais relativas aos ACs 2013 e 2014 foram objeto de encerramento parcial atuado no processo n° 11516.721342/201649, do qual os sujeitos passivos foram cientificados em julho/2016.*

*A **FISCALIZADA** atuava como prestadora de serviços de telecomunicações no mercado brasileiro desde o ano de 2000. Oferecia serviços de banda larga, TV por assinatura e telefonia fixa para clientes residenciais e soluções corporativas para empresas.*

Em agosto/2013 houve transformação do tipo societário, de sociedade limitada para sociedade anônima, bem como da sua denominação social. Portanto, qualquer menção à denominação adotada anteriormente - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - refere-se também à FISCALIZADA.

*No curso do procedimento fiscal, mais precisamente em 1º/04/2016, a FISCALIZADA sofreu uma cisão total, do que resultou sua extinção. O patrimônio da FISCALIZADA foi vertido parte para GVT PARTICIPAÇÕES SA, parte para POP INTERNET LTDA. Também em 1º/04/2016, a GVT PARTICIPAÇÕES SA foi incorporada pela TELEFÔNICA BRASIL SA. Tendo em vista as disposições da legislação tributária e societária acerca da responsabilidade dos sucessores, **TELEFÔNICA BRASIL SA e POP INTERNET LTDA são solidariamente obrigadas pelo crédito tributário constituído neste procedimento fiscal.***

[...]

*Este procedimento tem como foco a **amortização fiscal de ágio** originado na aquisição da GVT (HOLDING) SA, à época controladora direta da FISCALIZADA.*

Entre outubro/2009 e junho/2010, através de várias operações, a companhia francesa VIVENDI SA adquiriu a integralidade das ações representativas do capital social da GVT (HOLDING) SA. Em dezembro/2011, essas ações foram incorporadas pela VTB PARTICIPAÇÕES SA, uma subsidiária brasileira da VIVENDI SA. Nessa incorporação de ações foi registrado ágio de mais de R\$ 5 bilhões pela incorporadora.

A partir de setembro de 2013, após a incorporação reversa das suas então controladoras direta e indireta - GVT (HOLDING) e VTB PARTICIPAÇÕES, respectivamente - a FISCALIZADA passou a amortizar o ágio, à razão de um sessenta avos por mês, porque entendia fazer jus ao benefício previsto no art. 7º, III, e art. 8º, "b", da Lei nº 9.532/1997.

As amortizações do ágio foram efetuadas mensalmente entre setembro/2013 e abril/2015, de forma que sensibilizaram substancialmente, para menor, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos períodos de apuração analisados. As amortizações totalizaram os seguintes valores: R\$ 326.955.929,05 no AC 2013; R\$ 1.006.018.243,27 no AC 2014; e R\$ 335.339.414,44 no AC 2015.

O procedimento fiscal revelou que a amortização do ágio se deu com inobservância dos requisitos previstos na legislação tributária e deve ser glosada. As irregularidades verificadas são discriminadas ao longo deste Termo de Verificação Fiscal (TVF), em especial no tópico 4.

Sem prejuízo do crédito tributário constituído no processo nº 11516.721342/2016-49 (relativamente aos ACs 2013 e 2014) e não obstante a FISCALIZADA ter apurado originalmente vultoso

*prejuízo fiscal no encerramento do AC 2015, inclusive superior à glosa do ágio indevidamente amortizado no mesmo período de apuração [NO AC 2015, a FISCALIZADA apurou originalmente prejuízo fiscal de R\$ 1,283 bilhão (vide Tabela 1), ao passo que o ágio indevidamente amortizado no mesmo período alcançou o valor de R\$ 335 milhões], tal infração resultou na **falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL nos meses de janeiro e fevereiro/2015**. Isso posto, neste processo é constituído crédito tributário decorrente da aplicação da multa prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007*

[...]

3. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO IMPETRADO PELA FISCALIZADA.

Em 25/10/2013 a FISCALIZADA impetrou Mandado de Segurança preventivo junto à 2ª Vara Federal de Maringá, autuado sob o nº 5012762-97.2013.4.04.7003, por meio do qual pretendia ter reconhecido o seu direito (sic) "em deduzir, da base de cálculo do IRPJ e da CSL, as despesas relativas à amortização fiscal do ágio pago pelo grupo Vivendi na aquisição do Grupo GVT, conforme a regra legal estabelecida nos artigos 385 e 386 do RIR/99, que refletem o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, bem como para que seja afastada a imposição de penalidade [...]".

A inicial do Mandado de Segurança está acostada às fls. 922 a 938.

Sentença proferida em 27/02/2014 denegou a segurança, tendo o magistrado asseverado que "a Receita Federal do Brasil tem o poder-dever de fiscalizar todas as operações dessa natureza (que envolvem grande valor financeiro), inclusive a operação da qual faz parte a impetrante" (fls. 941 a 946). A FISCALIZADA apelou em face da decisão do juízo de primeiro grau e, posteriormente, formalizou pedido de desistência da ação, a qual transitou em julgado em 28/10/2014.

Desde então, a lide foi redirecionada para o destino a ser dado aos depósitos judiciais mensais efetuados pela FISCALIZADA entre julho/2013 e julho/2014 visando suspender a exigibilidade dos valores de IRPJ e da CSLL que seriam controversos em razão da amortização do ágio.

Às fls. 953 a 955 encontra-se certidão narrativa da ação. Conforme consta em seu item 12, em 28/05/2015 a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, decidiu dar provimento aos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 5000729-64.2015.404.0000/PR, interpostos pela União, determinando que os valores depositados fossem transformados em pagamento definitivo (fls. 947 a 952).

A conversão dos depósitos em pagamento definitivo foi considerada pela fiscalização para determinação do crédito

tributário constituído no processo 11516.721342/2016-49 relativo aos ACs 2013 e 2014.

4. ÁGIO NÃO AMORTIZÁVEL.

Entre outubro/2009 e junho/2010, a companhia francesa VIVENDI SA¹ adquiriu, direta e indiretamente, a totalidade das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA, CNPJ 03.420.904/0001-64, então controladora direta da FISCALIZADA. Essa aquisição se deu em diferentes etapas adiante detalhadas.

Em dezembro/2011, as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA anteriormente adquiridas pela VIVENDI foram incorporadas por sua subsidiária brasileira, a VTB PARTICIPAÇÕES SA, CNPJ 11.196.681/0001-21. Quando dessa incorporação de ações, a incorporadora VTB PARTICIPAÇÕES registrou ágio de R\$ 5,030 bilhões. Todo esse ágio foi atribuído a um único fator, qual seja, uma suposta rentabilidade com base em previsão de resultados futuros da GVT (HOLDING).

Em setembro/2013 fez-se duas incorporações reversas sucessivas: da VTB PARTICIPAÇÕES pela GVT (HOLDING) e, no dia seguinte, da GVT (HOLDING) pela FISCALIZADA. A partir de então, a FISCALIZADA passou a amortizar o ágio à razão de um sessenta avos por mês, condição que perdurou até abril/2015.

Assim, quando da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos períodos analisados neste procedimento fiscal (ACs 2013, 2014 e 2015), a FISCALIZADA amortizou mais de R\$ 1,668 bilhão de ágio contabilizado pela VTB PARTICIPAÇÕES por ocasião da incorporação das ações de emissão da GVT (HOLDING), fato esse ocorrido em dezembro/2011.

Segundo os dizeres da FISCALIZADA, após as incorporações reversas, "o ágio que havia originalmente sido registrado pela VTB PARTICIPAÇÕES SA passou a ser considerado como amortizável para fins fiscais, à razão de 1/60 mensais, já que estava fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da GVT (HOLDING) SA" (fl. 94).

No entanto, o procedimento fiscal revelou que a amortização fiscal do ágio se deu com inobservância dos requisitos previstos na legislação tributária e, por isso, deve ser glosada. As irregularidades verificadas podem ser atribuídas a três causas,

¹ 11 Em 2010, época das aquisições, a VIVENDI contava com 43 mil empregados em 77 países e tinha como subsidiárias: a UNIVERSAL MUSIC GROUP, líder mundial em música gravada; a ACTIVISION BLIZZARD, líder mundial em vídeo games; a SFR, segundo maior operador de telecomunicações na França; a MAROC TELECOM GROUP, líder dentre os operadores de telecomunicações fixas e móveis e provedores de internet no Marrocos; o CANAL + GROUP, o maior produtor de canais premium e temáticos francês e distribuidor de televisão paga, além de ser um dos principais players em produção e distribuição de filmes na Europa. A VIVENDI S.A. também possuía uma participação de 20% na NBC Universal, um dos principais players de mídia, que atua na produção e distribuição de filmes e programas de televisão, promove canais de televisão e opera parques temáticos (informação obtida no item 10.2.1 do edital de oferta pública de aquisição de ações ordinárias da GVT (HOLDING) S.A. - fl. 1115).

independentes entre si, sendo que quaisquer delas, isoladamente, é suficiente para inviabilizar a amortização procedida pela FISCALIZADA.

[...]

4.1 Aspectos gerais sobre a amortização do ágio decorrente de aquisição de participação societária.

[...]

4.2 Descrição das operações societárias. [...]

4.2.1 Aquisição da GVT pelo grupo francês VIVENDI.

A aquisição da GVT pelo grupo francês VIVENDI teve como objeto as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA, então controladora direta da FISCALIZADA, e ocorreram entre outubro/2009 e junho/2010.

Essas aquisições podem ser divididas em três situações distintas.

O primeiro conjunto de operações compreendeu 42.543.124 ações, representando 31,08% do capital social da GVT (HOLDING) SA. Foram três aquisições, totalizando R\$ 2.382.414.944,00, a saber:

(i) Em 13/11/2009, por meio de uma operação privada com os antigos acionistas controladores (Global Village Telecom Holland BV; Swarth Investments LLC; e Swarth Investments Holding LLC), a VIVENDI S.A. adquiriu 38.422.666 ações da GVT (HOLDING) SA pelo preço de R\$ 56,00/ação (contrato às fls. 956 a 977).

(ii) Em 13/11/2009, a VIVENDI SA celebrou contrato de compra com afiliadas da Ashmore Investment Management Limited e adquiriu indiretamente, por meio da aquisição da Ashmore GVT 1 LLC, outras 3.920.831 ações da GVT (HOLDING) SA pelo preço de R\$ 56,00/ação (contrato às fls. 978 a 1009).

(iii) Também em 13/11/2009, a VIVENDI SA adquiriu da SEI Institutional International Trust (em nome de Emerging Markets Debt Fund) outras 199.627 ações da GVT (HOLDING) SA pelo preço de R\$ 56,00/ação (contrato às fls. 1010 a 1025).

O segundo conjunto de operações compreendeu 76.912.833 ações da GVT (HOLDING) SA, representativas de 56,20% do seu capital social. Nesse caso, a VIVENDI SA adquiriu as ações no mercado bursátil brasileiro com a intermediação da instituição financeira francesa Rothschild & Cie Banque. Foram 43 aquisições realizadas entre 19/10/2009 e 1º/03/2010, as quais totalizaram R\$ 4.276.295.959,42 (contrato e extratos das aquisições às fls. 1026 a 1097).

O terceiro conjunto de operações consistiu em uma Oferta Pública de Aquisição (OPA), do tipo obrigatória, nos moldes do

art. 4º, § 6º, da Lei nº 6.404/1976. A VIVENDI SA visava adquirir as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA que ainda estavam em circulação no mercado bursátil brasileiro. Além da própria VIVENDI SA, figurou como "ofertante" a sua subsidiária VTB PARTICIPAÇÕES SA. O edital da OPA está acostado às fls. 1098 a 1123 e foi lançado em 26/03/2010.

Conforme informação contida na Nota Explicativa nº 1 das Demonstrações Financeiras da VTB PARTICIPAÇÕES do AC 2011 (fls. 551 e 552), em virtude da OPA ocorreram os seguintes fatos:

(i) Até 27/04/2010, um total de 16.647.327 (12,16%) ações da GVT (HOLDING) SA foram adquiridas pela VTB PARTICIPAÇÕES por conta e ordem da VIVENDI.

(ii) Em 07/05/2010, a Comissão de Valores Imobiliários cancelou o registro de companhia aberta da GVT (HOLDING) SA.

(iii) Na Assembleia Geral da GVT (HOLDING) SA realizada em 10/06/2010 deliberou-se por resgatar e cancelar o restante das ações da sociedade nos termos do art. 4º, § 5º, da Lei nº 6.404/1976.

Esse terceiro conjunto de operações, relativas à OPA, abrangeu 17.407.834 ações (12,72%) e teve o custo de R\$ 1.012.185.121,39, conforme informação fornecida pela FISCALIZADA à fl. 105. Não se pode deixar de notar que os recursos empregados pela VTB PARTICIPAÇÕES na OPA, no total de mais de R\$ 1 bilhão, haviam sido recém disponibilizados mediante capitalização de recursos remetidos do exterior pela francesa VIVENDI.

Concluídos esses três ciclos de aquisições, a VIVENDI e a sua subsidiária VTB PARTICIPAÇÕES passaram a deter a totalidade do capital da GVT (HOLDING) SA, à época controladora direta da FISCALIZADA.

Em atenção ao item 1.2 do TIF nº 1 (fl. 98), a FISCALIZADA elaborou um quadro demonstrativo do custo total de aquisição dessas operações (fl. 105). Resumidamente tem-se o seguinte:

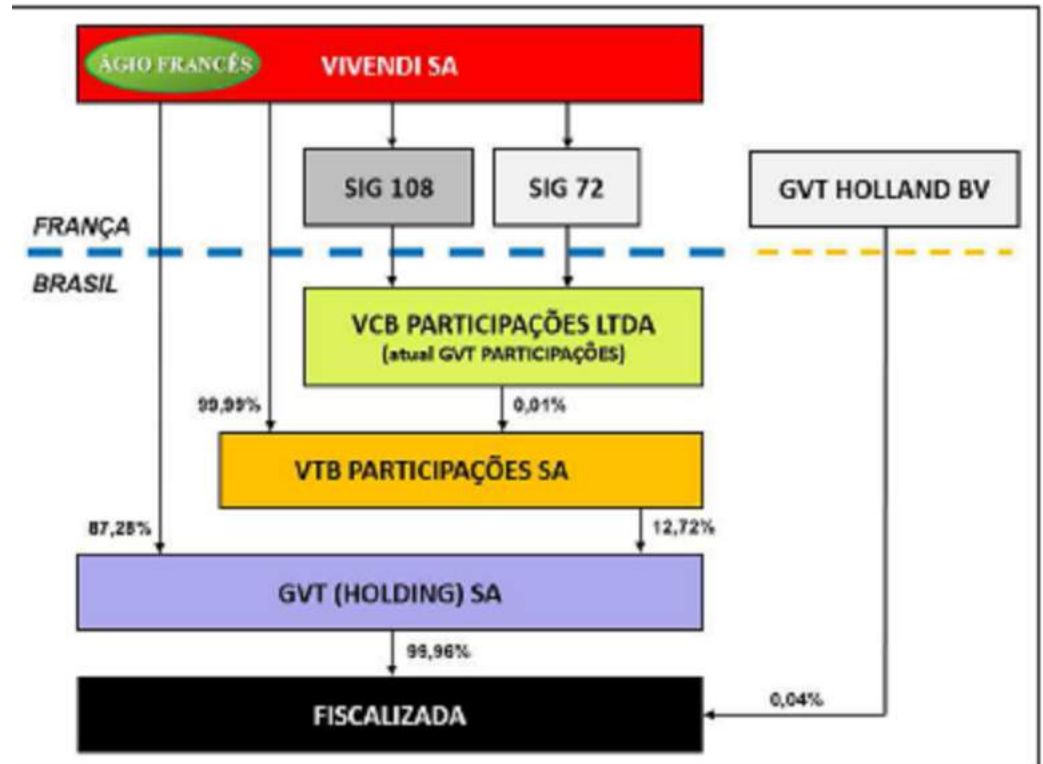
Tabela 3 - Aquisições de ações de emissão da GVT (HOLDING) SA em 2009 e 2010

Fonte: informação prestada pela FISCALIZADA (fl. 105)

Etapa	Data	Adquirente	Quantidade de ações		Custo	Ágio
I	13/11/2009	VIVENDI	42.543.124	31,08%	RS 2.382.414.944,00	RS 1.759.873.591,93
II	OUT/2009 a MAR/2010	VIVENDI	76.912.833	56,20%	RS 4.276.295.959,42	RS 3.097.964.057,81
III	ABR/2010 a JUN/2010	VTB	17.407.834	12,72%	RS 1.012.185.121,39	RS 883.435.173,95
TOTAL			136.863.791	100%	R\$ 7.670.896.024,81	R\$ 5.741.272.823,68

Ao cabo dessas aquisições, a estrutura societária da FISCALIZADA era a indicada na Figura 1 a seguir.

Figura 1 - Estrutura societária após aquisição da GVT (HOLDING) SA pela francesa VIVENDI (2009 e 2010)



4.2.2 Transferência do investimento feito pela companhia francesa VIVENDI para a subsidiária brasileira VTB PARTICIPAÇÕES.

Como visto no tópico 4.2.1 deste TVF, entre novembro/2009 e março/2010, 87,28% das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA foram adquiridas diretamente pela companhia francesa VIVENDI pelo total de R\$ 6.658.710.903,42 (vide Tabela 3).

Um dos requisitos legais para que o ágio fosse amortizado no Brasil consistia na necessidade de haver a incorporação da investida pela investidora (ou vice-versa). Mas essa condição jamais poderia ser atendida caso a VIVENDI permanecesse com o controle direto da participação societária adquirida com ágio. Isso porque há impossibilidade jurídica de se fazer a incorporação de uma empresa brasileira por outra estrangeira (ou vice-versa).

Assim, a etapa seguinte do planejamento tributário posto em prática consistiu em "nacionalizar" o investimento feito pela francesa VIVENDI. Para tanto, em dezembro/2011, as ações de emissão da GVT (HOLDING) S.A. então detidas pela VIVENDI foram incorporadas pela sua subsidiária brasileira VTB PARTICIPAÇÕES (vide ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 21/12/2011 - fls. 747 a 750). Tratava-se de 119.455.959 ações, representativas de 87,28% do capital da GVT (HOLDING) SA, tendo lhes sido atribuído o valor de R\$

6.658.710.903,42¹⁹; coincidente, portanto, com o custo de aquisição arcado diretamente pela VIVENDI.

O fato de se ter atribuído às ações incorporadas valor idêntico àquele pago pela VIVENDI (ou seja, R\$ 6.658.710.903,42) não é mera coincidência. Houve, novamente, indisfarçada motivação fiscal na valoração, a fim de que VIVENDI não incidisse em hipótese de ganho de capital tributável, situação essa que será mais detalhada no tópico 4.4 desse TVF.

Feita a incorporação de 87,28% das ações, a GVT (HOLDING) SA tornou-se uma subsidiária integral da VTB PARTICIPAÇÕES. Isso porque os demais 12,72% já haviam sido adquiridos pela VTB PARTICIPAÇÕES, por conta e ordem da VIVENDI SA, no âmbito da OPA concluída em junho/2010.

Segundo entendimento da FISCALIZADA (fl. 105), a totalidade das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA teria sido então "adquirida" pela VTB PARTICIPAÇÕES pelo custo de R\$ 7.670.896.024,81, que pode ser assim desdobrado:

12,72% por meio da OPA, no valor de R\$ 1.012.185.121,39 (vide tópico 4.2.1); e

87,28% na incorporação de ações, o que se fez pelo valor de R\$ 6.658.710.903,42.

Como à época da incorporação das ações o patrimônio líquido da GVT (HOLDING) SA era de R\$ 2.640.804.808,45, a incorporadora VTB PARTICIPAÇÕES registrou ágio de R\$ 5.030.091.216,36 (= R\$ 7.670.896.024,81 - R\$ 2.640.804.808,45) - vide Figura 2 a seguir

Figura 2 - Detalhe da resposta apresentada pela FISCALIZADA (fl. 105)

Considerando o custo acima informado, e também o fato de que em 21.12.2011 houve a incorporação de ações da GVT Holding S.A. pela VTB Participações S.A. pelo valor de R\$ 6.658.710.903,42, a VTB Participações foi obrigada a desdobrar seu custo de aquisição total (de R\$ 7.670.896.024,81), nessa data, em (i) patrimônio líquido da GVT Holding S.A., no valor de R\$ 2.640.804.808,45; e (ii) ágio, no valor de R\$ 5.030.091.216,36.

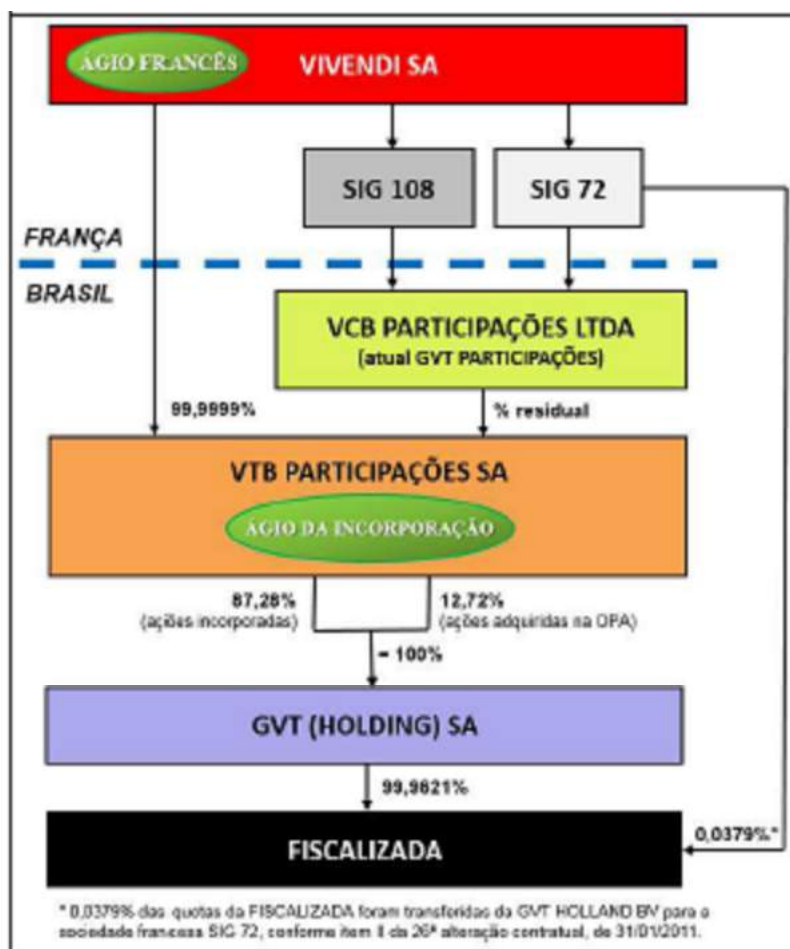
Para melhor compreensão, doravante adotar-se-á as seguintes denominações:

- **"ÁGIO FRANCÊS":** é o ágio pago pela VIVENDI nas aquisições de ações de emissão da GVT (HOLDING) efetuadas entre novembro/2009 e junho/2010, conforme discriminado na Tabela 3. Inclui-se aqui a parcela paga no âmbito da OPA, haja vista tratar-se de operação realizada por conta e ordem da VIVENDI (vide edital à fl. 1098). Aliás, não haveria sentido em se falar de fechamento de capital, que é o propósito de uma OPA obrigatória¹⁵, se o adquirente das ações em circulação não fosse o próprio acionista controlador.

- **"ÁGIO DA INCORPORAÇÃO"**: é o ágio registrado pela VTB PARTICIPAÇÕES por ocasião da incorporação das ações de emissão da GVT (HOLDING) em dezembro/2011.

Após a incorporação das ações, a estrutura societária da FISCALIZADA passou a ser a mostrada na Figura 3 a seguir.

Figura 3 - Estrutura societária após a VTB PARTICIPAÇÕES SA ter incorporado as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA



Também em razão da incorporação de ações, o capital social da VTB PARTICIPAÇÕES foi aumentado em R\$ 6.658.710.903,00, passando de R\$ 1.013.015.100,00 para R\$ 7.671.726.003,00. Em consequência desse aumento de capital foram emitidas 6.658.710.903 novas ações pela incorporadora VTB PARTICIPAÇÕES, as quais foram atribuídas à companhia francesa VIVENDI em substituição às 119.455.959 ações de emissão da GVT (HOLDING) SA incorporadas²⁰. Tais providências decorreram do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 252 da Lei nº 6.404/1976.

Dessa forma, a VIVENDI passou a deter 7.671.725.903 das 7.671.726.003 ações representativas do capital social da VTB

*PARTICIPAÇÕES*²². As 100 ações residuais pertenciam à então denominada VCB PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 10.242.813/0001-41, atual GVT PARTICIPAÇÕES SA²³.

4.2.3 Transferência do investimento para a subsidiária brasileira VCB PARTICIPAÇÕES (atual GVT PARTICIPAÇÕES SA).

Já no dia imediatamente posterior ao evento de incorporação de ações (ou seja, em 22/12/2011) foi promovida a 4ª alteração do Contrato Social da VCB PARTICIPAÇÕES LTDA (fls. 825 a 831). Seu capital social foi aumentado de R\$ 100,00 para R\$ 7.671.726.003,00, com a emissão de 7.671.725.903 novas quotas com valor unitário de R\$ 1,00 e o ingresso da companhia francesa VIVENDI SA no quadro societário, conforme Figura 4 a seguir.

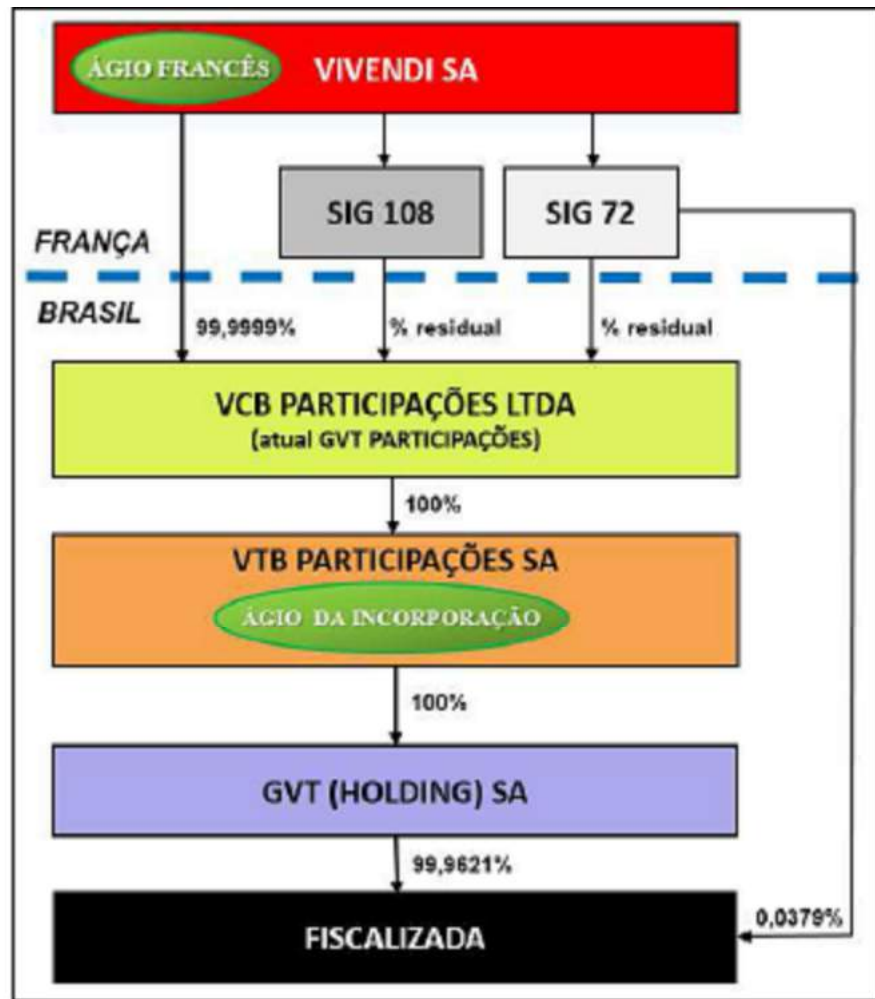
Figura 4 - Quadro societário da VCB PARTICIPAÇÕES LTDA após 4ª alteração contratual, de 22/12/2011 (fl. 827)

<i>Socio</i>	<i>Quotas</i>	<i>% (Capital Total)</i>
SOCIÉTÉ D INVESTISSEMENTS ET DE GESTION 108 SAS (SIG 108)	99	0,00000129
SOCIÉTÉ D INVESTISSEMENTS ET DE GESTION 72 S.A. (SIG 72)	1	0,00000001
VIVENDI S.A.	7.671.725.903	99,99999870
Total	7.671.726.003	100

A integralização das novas quotas se deu mediante a conferência das 7.671.725.903 ações de emissão da VCB PARTICIPAÇÕES então detidas pela VIVENDI SA. Dessa forma, o controle direto da VCB PARTICIPAÇÕES passou a ser exercido pela VCB PARTICIPAÇÕES (atual GVT PARTICIPAÇÕES SA).

Após essa etapa, a estrutura societária da FISCALIZADA passou a ser a mostrada na Figura 5 a seguir.

Figura 5 - Estrutura societária após aumento do capital da VCB PARTICIPAÇÕES em 22/12/2011 mediante conferência das ações de emissão da VCB PARTICIPAÇÕES detidas pela VIVENDI



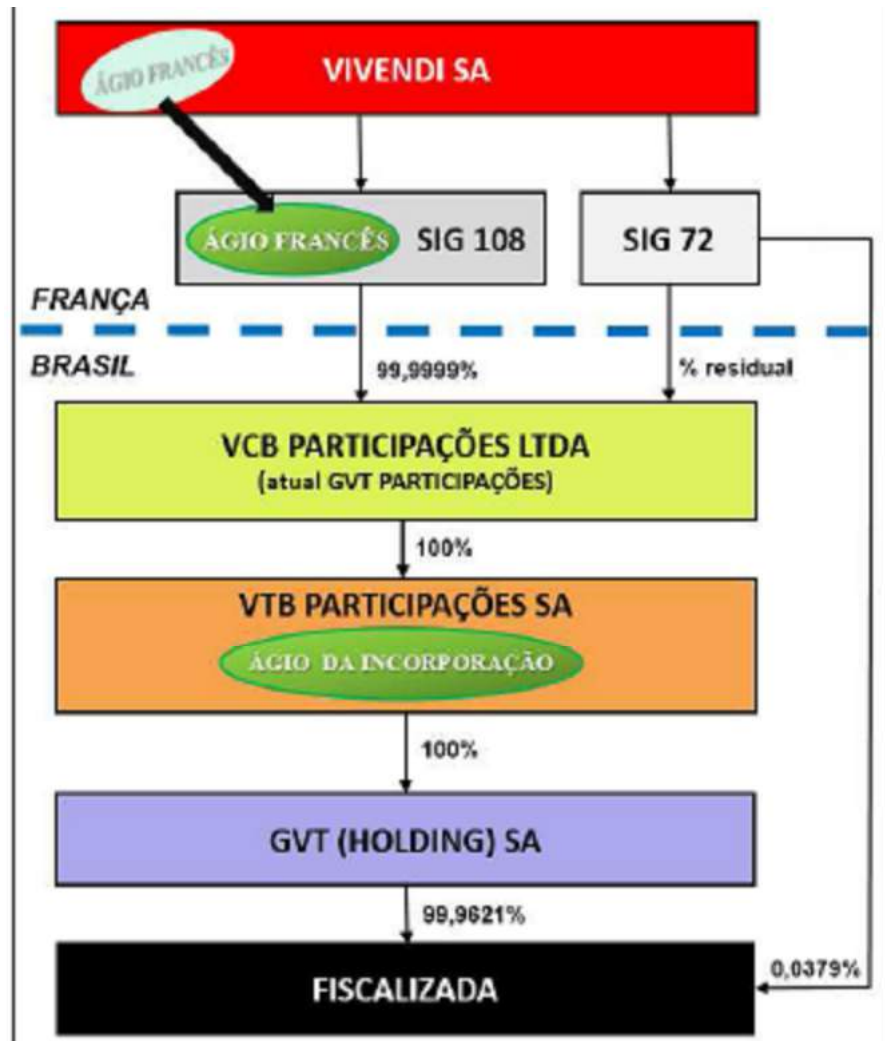
4.2.4 Transferência do investimento para a subsidiária francesa SIG 108.

O quadro societário da VCB PARTICIPAÇÕES sofreu nova alteração seis dias após, em 28/12/2011. Dessa feita, a VIVENDI promoveu aumento de capital na sua subsidiária francesa SIG 108 mediante conferência das 7.671.725.903 quotas da VCB PARTICIPAÇÕES que ela até então detinha (vide 5ª alteração contratual - fls. 832 a 838).

[...]

Dessa forma, o controle da VCB PARTICIPAÇÕES (atual GVT PARTICIPAÇÕES) passou a ser exercido pela francesa SIG 108, como mostrado na Figura 7 a seguir.

Figura 7 - Estrutura societária após aumento do capital da SIG 108 em 28/12/2011 mediante conferência das quotas da VCB PARTICIPAÇÕES detidas pela VIVENDI



Outro ponto merecedor de destaque na estrutura societária apresentada na Figura 7 diz respeito à **transferência do denominado "ÁGIO FRANCÊS" para a SIG 108**. A repercussão fiscal dessa transferência se deu em 19/09/2014, quando a TELEFÔNICA BRASIL S.A. adquiriu a integralidade das ações da GVT PARTICIPAÇÕES e, com isso, o controle da FISCALIZADA. O "ÁGIO FRANCÊS" compôs o custo de aquisição do investimento para fins de apuração do ganho de capital tributável (vide tópico 4.2.6 deste TVF).

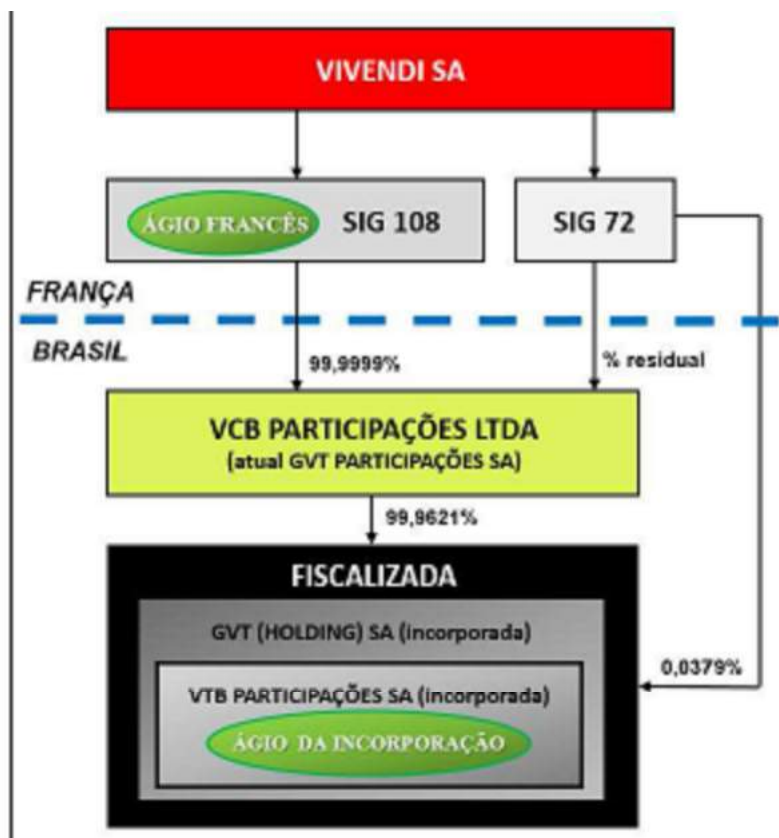
4.2.5 Incorporações reversas da VTB PARTICIPAÇÕES e da GVT (HOLDING).

Em 02/09/2013 a VTB PARTICIPAÇÕES foi incorporada pela sua controlada GVT (HOLDING)²⁴. Dentre os ativos vertidos, estava o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO" registrado na VTB PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 5.030.091.216,36²⁵. No dia seguinte, ou seja, em 03/09/2013, foi a vez da GVT (HOLDING) ser incorporada por sua controlada, a FISCALIZADA²⁶.

Feitas as duas incorporações reversas, a FISCALIZADA passou a ser controlada diretamente pela VCB PARTICIPAÇÕES LTDA, atual GVT PARTICIPAÇÕES SA. O controle indireto, no

entanto, continuou sendo integralmente exercido pela companhia francesa VIVENDI SA, conforme mostrado na Figura 8 a seguir.

Figura 8 - Estrutura societária após incorporações da VTB PARTICIPAÇÕES e da GVT (HOLDING) - set/2013



Outra consequência das incorporações reversas foi o "**ÁGIO DA INCORPORAÇÃO**" finalmente chegar à FISCALIZADA, a fim de que esta iniciasse a amortização do valor.

4.2.6 Aquisição da GVT pela TELEFÔNICA BRASIL.

Em 19/09/2014, a TELEFÔNICA BRASIL SA adquiriu a integralidade das ações da GVT PARTICIPAÇÕES e, com isso, o controle da FISCALIZADA. A tradução do Contrato de Compra de Ações e Outras Avenças está acostada às fls. 1494 a 1554.

O valor total do negócio foi pago parte em dinheiro (4,663 bilhões de Euros), parte em ações (12% do capital da TELEFÔNICA BRASIL SA) - vide cláusula 2.1 (fls. 1509 e 1510).

A operação estava sujeita à incidência do Imposto de Renda na fonte, conforme RIR/1999, art. 685, I, "b", e § 3º, e art. 717.

Para fins de cálculo do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido nessa operação, as partes qualificadas como "Vendedoras" (VIVENDI, SIG 108 e SIG 72) informaram

que o custo de aquisição da participação societária alienada teria sido de € 2.984.526.584,00 - vide Figura 9 a seguir.

[...]

4.3 A necessária distinção entre o "ÁGIO FRANCÊS" e o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO"

Há mais uma questão de fundo a ser esclarecida para a compreensão do planejamento tributário aqui enfrentado: a necessária distinção do que se denominou neste TVF de "ÁGIO FRANCÊS" e "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO". Isso porque, desde a impetração do Mandado de Segurança preventivo mencionado no tópico 3, a FISCALIZADA perceptivelmente faz uma deliberada confusão entre os dois ágios.

Em 2009 e 2010, a VIVENDI havia adquirido diretamente 82,78% das ações de emissão da GVT (HOLDING) pelo total de R\$6.658.710.903,42 (vide tópico 4.2.1.), dando origem ao "ÁGIO FRANCÊS".

Quase dois anos após, em dezembro/2011, essas mesmas ações foram incorporadas pela VTB PARTICIPAÇÕES por valor idêntico ao da aquisição (vide tópico 4.2.2), tendo a incorporadora registrado nesse momento o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO".

Muito embora tenha ocorrido uma conveniente coincidência entre o custo das ações nas aquisições de 2009/2010 e o valor a elas atribuído na incorporação de dezembro/2011, o "ÁGIO FRANCÊS" e o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO" não podem ser confundidos.

A primeira distinção entre o "ÁGIO FRANCÊS" e o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO" decorre de uma constatação muito simples: o largo espaço temporal entre as operações que lhe deram origem.

A impressão inicial que se tem ao analisar a sequência das operações societárias postas em prática após a aquisição da GVT pela francesa VIVENDI é de que o "ÁGIO FRANCÊS" teria sido apenas "transferido" para a VTB PARTICIPAÇÕES. Ou seja, com o advento do "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO", o "ÁGIO FRANCÊS" deixaria de existir. Mas não foi isso que ocorreu. **Os dois ágios permaneceram coexistindo de forma independente, tendo o grupo econômico feito uso tributário de ambos, em condições e momentos distintos.**

Entre setembro/2013 e abril/2015 a FISCALIZADA amortizou, para fins fiscais, o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO", conforme informado na resposta que se destaca na Figura 11.

[...]

Sem prejuízo da amortização do "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO" pela FISCALIZADA, a VIVENDI e sua subsidiária SIG 108 incluíram o "ÁGIO FRANCÊS" no custo de aquisição do investimento para fins de apuração do ganho de capital auferido em setembro/2014, por ocasião da venda da GVT para a TELEFÔNICA BRASIL (vide tópico 4.2.6), reduzindo drasticamente o Imposto de Renda incidente nessa operação. Vale lembrar que o "ÁGIO FRANCÊS" correspondeu a quase 75% do custo de aquisição considerado na apuração do ganho de capital.

4.4 Os laudos de avaliação da GVT (HOLDING) SA.

Como visto, a aquisição da GVT pelo grupo francês VIVENDI teve como objeto as ações de emissão da GVT (HOLDING) SA, CNPJ 03.420.904/0001-64, então controladora direta da FISCALIZADA. E no que interessa a esse procedimento fiscal, houve dois laudos que avaliaram a GVT (HOLDING) em épocas diferentes e para fins distintos

O primeiro laudo foi elaborado em novembro/2009 por CALYON CRÉDIT AGRICOLE (fls. 1124 a 1325). Teve como finalidade subsidiar a VIVENDI SA na aquisição da GVT (HOLDING) por meio da compra de bloco de ações e/ou Oferta Pública de Aquisição, tal como as operações efetivamente levadas a cabo entre novembro/2009 e junho/2010 e já descritas no tópico 4.2.1 deste TVF. A recomendação tirada do "LAUDO CALYON" é de que se pagasse o valor igual ou superior a R\$ 53,00 por ação (vide Figura 12 a seguir). Considerando que foram pagos R\$ 7.670.896.024,81 pelas 136.863.791 ações, o valor médio efetivamente praticado naquelas operações ficou em R\$ 56,05/ação (vide Tabela 3). [...]

O segundo laudo foi elaborado em dezembro/2011 por CAPITAL SOLUÇÕES (fls. 1326 a 1493), por ocasião da incorporação, pela VTB PARTICIPAÇÕES, das ações de emissão da GVT (HOLDING) até então detidas pela VIVENDI. Conforme consta nos itens 5.2 e 5.3 da ata da AGE da VTB PARTICIPAÇÕES realizada em 21 de dezembro de 2011 (fl. 748), bem como no item 2 do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (fls. 753 e 754), a Capital Soluções havia sido designada responsável pela avaliação da GVT (HOLDING) para fins da incorporação das ações. Portanto, o "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" teve como finalidade atender ao disposto nos §§ 1º e 3º do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, [...]

No caso em apreço, a VIVENDI recebeu 6.658.710.903 ações de emissão da VTB PARTICIPAÇÕES em troca das 119.455.959 ações de emissão da GVT (HOLDING) incorporadas (Vide item 2i do Protocolo de Justificação de Incorporação de Ações).

E aqui cabe outra importante observação: o valor atribuído às ações de emissão da GVT (HOLDING) incorporadas pela VTB PARTICIPAÇÕES foi substancialmente inferior à avaliação do "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES".

No "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" a GVT (HOLDING) havia sido avaliada em R\$ 12.561.827.000,00 (vide Figura 13 a seguir). Como foram incorporadas 119.455.959 ações, representativas de 87,28% do capital da GVT (HOLDING) S.A., o valor de mercado das ações incorporadas seria da ordem de R\$ 10,965 bilhões (= 87,28% x R\$ 12,662 bilhões). [...]

No entanto, o valor atribuído às ações incorporadas foi de apenas R\$ 6.658.710.903,00, conforme item 3(i) do Protocolo e Justificação da operação (vide Figura 14 a seguir). [...]

Houve, portanto, uma flagrante disparidade entre a avaliação do "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" e o valor efetivamente atribuído às ações incorporadas. A diferença é da ordem de R\$ 4,3 bilhões!! (= R\$ 10,965 bilhões - R\$ 6.659 bilhões).

Portanto, cabe indagar: por que a então detentora das ações incorporadas, a francesa VIVENDI SA, teria supostamente abdicado de tão suntuosa quantia (R\$ 4,3 bilhões) na relação de troca de ações?

As respostas a essa questão jogam luz sobre o planejamento tributário abusivo levado a cabo pela FISCALIZADA e sua controladora.

1ª CONSTATAÇÃO: Como a VIVENDI havia adquirido as 119.455.959 ações de emissão da GVT (HOLDING) pelo total de R\$ 6.658.710.903,00, **a incorporação se fez convenientemente pelo mesmo valor da aquisição a fim de que não houvesse ganho de capital tributável naquela operação.** Caso a incorporação das ações fosse pelo valor do "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" (portanto, por R\$ 10,965 bilhões) a operação geraria um ganho de capital de R\$ 4,3 bilhões, tributável na fonte à alíquota de 15% nos termos do art. 682, I, e art. 685, I, alínea "b" e § 3º, ambos do RIR/1999. Deve-se registrar que, segundo entendimento consolidado no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. Assim, a subscrição de ações pelo valor de mercado e superior ao consignado na escrituração contábil, ainda que no bojo da figura da incorporação de ações, caracteriza ganho de capital, devendo incidir a tributação correspondente. Como exemplos: Acórdão nº 1402-001.815, de 23/09/2014; e Acórdão nº 2202-003.012, de 10/03/2015.

2ª CONSTATAÇÃO: Se, por um lado, não houve o ganho de capital tributável; por outro, a conveniência de se atribuir às ações incorporadas valor idêntico ao da aquisição não prejudicou o planejamento engendrado para que se amortizasse, no Brasil, o ágio contabilizado pela VTB PARTICIPAÇÕES por ocasião da incorporação das ações. Ocorre que **a incorporação de ações foi uma transação realizada pela VIVENDI consigo mesma, ainda que por intermédio de suas subsidiárias, sem presença de terceiros independentes.** Do contrário, certamente a VIVENDI não abriria mão de R\$ 4,3 bilhões de reais na relação de troca de ações. Trata-se de espécie de planejamento

tributário conhecido como "**ágio interno**", o qual será abordado no tópico 4.6 adiante.

3ª CONSTATACÃO: o "**LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES**" teria sido elaborado com um único objetivo, o de avaliar a GVT (HOLDING); no entanto, o menoscabo à sua conclusão (valor da avaliação) foi flagrante. Não há outra conclusão possível senão a de que se trata de documento elaborado por mera formalidade, que **não se presta para comprovar qualquer fato contábil registrado pelas empresas envolvidas na incorporação de ações, em especial o fundamento econômico do suposto ágio havido na operação.**

4.5 Imprestabilidade dos documentos (laudos) apresentados pela FISCALIZADA à guisa de comprovação do fundamento econômico do ágio.

[...]

Pois bem. Certamente o "**LAUDO CALYON**" não se presta a comprovar o fundamento econômico do ágio amortizado pela FISCALIZADA. E por uma constatação muito simples: o "**LAUDO CALYON**" foi elaborado em novembro/2009, ao passo que ágio amortizado pela FISCALIZADA é aquele registrado por ocasião da incorporação das ações efetivadas em novembro/2011 (portanto, mais de dois anos após a elaboração do "**LAUDO CALYON**").

[...] a respeito do "**LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES**", vale repisar as constatações já expostas no tópico 4.4 deste TVF: tamanha é a discrepância entre avaliação e o valor efetivamente atribuído às ações incorporadas (a diferença é da ordem de R\$ 4,3 bilhões!!) que não há outra conclusão possível senão a de se tratar de documento elaborado por mera formalidade, que não se presta para comprovar qualquer fato contábil registrado pelas empresas envolvidas na "aquisição", em especial o fundamento econômico do suposto ágio que vem sendo amortizado pela FISCALIZADA.

Portanto, **nem o "LAUDO CALYON", nem o "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" prestam-se a servir de documento comprobatório da rentabilidade futura, como exigido pelo RIR/1999, art. 385, § 3º. E a inexistência de documentação idônea e contemporânea à incorporação das ações de emissão da GVT (HOLDING), operação essa em que teria havido o ágio, é fato que, por si só, impede a amortização fiscal na forma prevista no art. 386, III, do RIR/1999.**

4.6 Indedutibilidade do "ágio interno" decorrente de incorporação de ações de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Entre novembro/2009 e junho/2010, a companhia francesa VIVENDI SA adquiriu, direta e indiretamente, a integralidade das ações de emissão da GVT (HOLDING) SA, controladora da FISCALIZADA naquela época.

Em dezembro/2011, essas ações foram incorporadas por uma subsidiária brasileira da VIVENDI, a VTB PARTICIPAÇÕES LTDA, tornando-se esta a única acionista da GVT (HOLDING). Tendo em vista o valor atribuído às ações incorporadas, a incorporadora VTB PARTICIPAÇÕES registrou ágio de R\$ 5.030.091.216,36. Tudo conforme detalhado no tópico 4.2.2 deste TVF.

Em setembro/2013 houve duas incorporações reversas. Primeiro, a GVT (HOLDING) incorporou a VTB PARTICIPAÇÕES; depois, a FISCALIZADA incorporou a GVT (HOLDING). Desde então, a FISCALIZADA tem procedido à amortização fiscal do ágio originalmente registrado pela VTB PARTICIPAÇÕES por ocasião da incorporação das ações - o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO" (vide tópico 4.2.5).

Nesse momento, não pode se deixar de ser repetitivo quanto à distinção do que se denominou neste TVF de "ÁGIO FRANCÊS" e "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO". São ágios registrados em momentos diferentes, por conta de operações diferentes e, o mais importante, ambos utilizados para fins tributários pelo grupo controlador da FISCALIZADA em razão de operações diferentes (vide tópico 4.3).

*Atente-se para o fato de a incorporação de ações feita em dezembro/2011, operação em que foi gerado o suposto "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO", foi uma **transação realizada pela VIVENDI consigo mesma, ainda que por intermédio de suas subsidiárias, sem presença de terceiros independentes.***

Além da própria VIVENDI, todas demais empresas envolvidas na incorporação de ações eram controladas, direta ou indiretamente, pela companhia francesa.

[...]

a incorporação de ações de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico é operação que carece do condão de criar ágio, porquanto este surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição de um investimento supera o valor patrimonial do investimento. E mais, preço de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. O ágio gerado internamente nessas transações não se reveste de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

Incontroverso, então, que o ágio amortizado pela FISCALIZADA, ou seja, o "ÁGIO DA INCORPORAÇÃO", é do tipo conhecido como "ágio interno", cuja dedução fiscal não é admitida. [...]

4.7 Utilização de "empresa veículo" com vistas ao aproveitamento fiscal, no Brasil, de ágio pago por investidor estrangeiro.

[...]Por isso, o essencial é que o patrimônio que pagou pelo ágio e o patrimônio que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento estejam reunidos numa mesma entidade (indiferentemente se foi uma incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa). Sem que se observe essa conjunção, não é permitida a dedução da despesa de amortização. [...]

Portanto, sem que se opere a reunião do patrimônio de quem pagou de fato o ágio com o patrimônio de quem se espera lucros que justifiquem aquele ágio, não se atenderão nem os motivos nem as finalidades levadas em conta pelo legislador para autorizar, excepcionalmente, a amortização do ágio.

[...]

A Telefônica do Brasil SA e a POP Internet Ltda, após cientificadas dos Autos de Infração, apresentaram suas impugnações às fls. 1.839 a 1.895 (instruída com os documentos às fls. 1.896 a 2.159) e 1.642 a 1.699 (instruída às fls. 1.700 a 1.834), cujos argumentos são semelhantes e que foram assim resumidos pela decisão recorrida:

4.1. As etapas que levaram as ações da GVT (Holding) SA a serem finalmente adquiridas, em sua integralidade, pela VTB Participações SA, tiveram origem em acirrada disputa entre o grupo francês Vivendi ("Grupo Vivendi") e a Telecomunicações de São Paulo SA (Telesp), pertencente ao grupo espanhol Telefônica ("Grupo Telefônica"). O primeiro grupo via a operação como estratégica para a entrada no setor de telecomunicações do Brasil, enquanto que para o segundo grupo a aquisição representava a possibilidade de capturar o potencial de crescimento do mercado brasileiro, permitindo a expansão e complementaridade de portfólio;

Processo competitivo Grupo Vivendi e Telefônica

4.2. O processo competitivo de aquisição do controle pode ser assim resumido cronologicamente:

19/08/2009 - Global Village Tececom (Holland) BV, Swarth Investments LLC e Swarth Investments Holding LLC, acionistas controladores da GVT (HOLDING) SA (controle minoritário com aprox. 30% das ações), anunciam oferta secundária para venda de ações;

01/09/2009 - divulgado no mercado o detalhamento da oferta secundária a ser lançada, que abrangeria 20% das ações;

08/09/2009 - foi cancelada a oferta secundária e celebração de acordo entre os acionistas controladores e o Grupo Vivendi para lançamento de OPA voluntária no Brasil para aquisição em bolsa de até 100% das ações da GVT (Holding) SA ao preço de R\$42,00/ação;

07/10/2009 - Telesp divulgou que seu conselho de administração aprovava o lançamento de uma OPA voluntária para aquisição de no mínimo 51% das ações e no máximo de 100% , ao preço de R\$ 48,00/ação;

19/10/2009 - divulgado que o Grupo Vivendi finalizara processo de auditoria legal e que o seu conselho autorizara o lançamento de OPA voluntária para aquisição (que não chegou a ser lançada);

04/11/2009 - aumento do valor ofertado pela Telesp para R\$ 50,50/ação;

05/11/2009 - lançamento da OPA para aquisição do controle da GVT (Holding) SA, com leilão marcado para 19/11/2009;

12/11/2009 - por meio dos Atos nºs 6.552 e 6.553, a Anatel concedeu anuência prévia para a realização da operação de transferência do controle da GVT (Holding) SA tanto para a Vivendi SA, quanto para a Telesp, respectivamente;

13/11/2009 - GVT (Holding) SA divulgou o fato de que:

4.2.9.1 O seu controle acionário havido sido adquirido pela Vivendi SA por meio de negociações privadas junto aos acionistas controladores no exterior (I - aquisição de 29,9% do capital social da GVT (Holding) SA a R\$ 56,00/ação, valor superior ao ofertado pela Telesp; II - 8% do capital social da GVT (Holding) SA junto a terceiros; e III - celebração de opções de compra com terceiros que lhe confeririam o direito de comprar 19,6% do capital social da GVT);

4.2.9.2. O Grupo Vivendi, por intermédio de subsidiária local, lançaria uma OPA obrigatória por alienação de controle a um preço de R\$ 56,00/ação, para a aquisição das ações remanescentes da GVT (Holding) SA, em cumprimento do art. 254-A da Lei nº 6404, de 1976;

4.2.10. 19/11/2009 - a Telesp cancela OPA em virtude de perda de eficácia, vez que uma das condições para a sua realização não poderia mais ser cumprida, qual seja, a aquisição de pelo menos 51% da ações;

4.3. Apesar das vantagens da aquisição via OPA, o Grupo Vivendi teve de adotar a etapa inicial de negociação direta e confidencial com os acionistas controladores para enfrentar o processo competitivo de aquisição da GVT (Holding) SA, a despeito de ser o caminho potencialmente mais custoso. A OPA voluntária permitiria que a subsidiária local (VTB Participações SA) passasse a deter de forma originária o investimento, o que foi sempre o objetivo: centralizar o controle no Brasil. Com a inclusão da etapa de negociação direta, a fim de atender o objetivo pretendido, foi necessária a etapa de aquisição pela VTB Participações SA de ações via OPA obrigatória, seguida da incorporação de ações da GVT (Holding) SA pela VTB Participações SA;

4.3.1 A inclusão do referido primeiro passo, combinado com a OPA obrigatória e com a incorporação de ações teve efeito idêntico ao que seria obtido via OPA voluntária, vez que: (i) permitiu que a subsidiária local, ao fim, detivesse 100% do investimento; e (ii) permitiu que a alienação das referidas ações ensejasse o pagamento integral do imposto de renda sobre o ganho de capital, tal como seria devido na OPA voluntária (com aquisição ocorrendo diretamente no país);

4.3.2. Dados o dinamismo e o curto prazo das negociações, não se mostrava recomendável o ingresso de recursos pecuniários na VTB Participações SA ou na VCB Participações Ltda para que estas pudessem adquirir ações da GVT (Holding) SA diretamente em um primeiro momento, pois, caso contrário, restaria prejudicada a confidencialidade, já que o movimento cambial afetaria o mercado de forma pública e notória devido ao seu preço elevado. Com isso, o valor pretendido pelo Grupo Vivendi se tornaria conhecido, evidenciando contraoferta ao valor anunciado pela Telesp, acarretando, ao fim, a elevação do valor final da transação ou a perda do investimento para a Telesp;

A origem do ágio

4.4. Etapa 1 - Aquisição privada de ações - todos os acionistas dos quais foram adquiridas as ações jamais foram partes relacionadas ou integrantes do Grupo Vivendi;

Em 13/11/2009 foram adquiridas pela Vivendi SA 42.543.124 ações no valor de R\$ 2.382.414.944,00, sendo o preço médio de R\$ 56,00/ação com base no Laudo Calyon, que fixou preço entre R\$ 51,00 e R\$ 59,00;

Em decorrência da aquisição houve reconhecimento de ganho de capital tributável no Brasil por esses acionistas, sendo recolhido o IRRF nos termos do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2002;

4.5. Etapa 2 - Aquisições de ações em bolsa -

Entre 19/10/2009 e 01/03/2010 foram adquiridas ações na BM&FBOVESPA com intermediação do Banco Rothschild, no valor de R\$ 4.276.292.959,42, ao preço médio de R\$ 56,12. Esta operação aumentou o percentual de participação da Vivendi SA para 87,28%, reduzindo as ações disponíveis no mercado para 12,72%;

É devido registrar que não há que se falar em "ágio francês", criação da autoridade fiscal, vez que os valores pagos por investidores estrangeiros, independentemente de serem superiores ou não ao valor patrimonial, são simplesmente custo de aquisição nos termos da IN RFB nº 1.455, de 2014. O regime dos arts. 385 e 386 do RIR/99 são aplicáveis unicamente a pessoas jurídicas brasileiras. A aquisição de bens no Brasil por não residentes somente é relevante no momento da alienação em que o custo de aquisição do investimento é confrontado com o valor da alienação para efeito de apuração do ganho ou perda de capital;

4.6. Etapa 3 - Aquisições de ações pela VTB Participações SA na OPA - obrigatória

4.6.1. Em 26.03.2010 a VTB Participações SA lançou a OPA obrigatória (art. 254-A da Lei nº 6.404, de 1976, e da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 361, de 2002) para aquisição da participação remanescente do capital da GVT (Holding) SA junto aos acionistas minoritários, tendo ocorrido o leilão em 28.04.2010. O objetivo da OPA era (i) cancelar o registro da GVT (Holding) SA como companhia aberta, deixando de ser negociada na BM&FBOVESPA; e (ii) cumprir com as regras societárias para estender aos acionistas minoritários a oferta do preço pago aos antigos controladores da GVT. O valor pago foi de R\$ 1.012.185.121.39, com custo médio de R\$ 58,14/ação;

4.6.2. A VTB Participações SA foi a efetiva ofertante na OPA ocorrida em bolsa, intermediada pelo Banco Itaú SA, tendo liquidado as obrigações com recursos

próprios em razão de prévia capitalização com R\$ 1.013.015.000,00, mediante emissão de ações ao preço unitário de R\$ 1,00 cada, todas subscritas e integralizadas pela Vivendi SA: em 13/11/2009 - 230.715.000 ações; e em 28/04/2010 - 782.300.000 ações;

4.6.3. A VTB Participações SA passou a registrar o investimento de acordo com o método de equivalência patrimonial, desdobrando o custo em valor de patrimônio e em ágio, nos termos do disposto no art. 385 do RIR/99. **O ágio registrado foi de R\$ 883.435.173,95, integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido na GVT (Holding) SA, segundo Laudo Calyon;**

4.7. Etapa 4 - Incorporação de ações da GVT (Holding) SA pela VTB Participações SA -

4.7.1. A VTB Participações SA adquiriu ações da GVT (Holding) SA detidas pela Vivendi SA por intermédio de incorporação destas ações, fazendo com que a GVT (Holding) SA passasse a ser subsidiária integral da VTB Participações SA. Para operacionalizar a incorporação de ações da GVT, a Participações SA teve seu capital social aumentado para R\$ 7.671.726.003,00. Registrou o investimento nos termos dos arts. 384 e 385 do RIR/99, composto pelo valor do patrimônio líquido da GVT (Holding) SA (R\$ 2.640.804.808,45) e pelo ágio (R\$ 5.030.091.216,36 = valor pago de R\$ 7.670.896.024,81 - R\$ 2.640.804.808,45). O ágio pago teve fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura da GVT, suportada em avaliação contida no Laudo Calyon e no Laudo Capital Soluções;

4.7.2. Posteriormente, em 22/12/2011, a VCB Participações Ltda teve seu capital aumentado de R\$ 100,00 para R\$ 7.674.726.003,00, totalmente subscrito e integralizado pela Vivendi SA com ações detidas da VTB Participações SA, a qual se tornou subsidiária integral da VCB Participações Ltda. Esta passou a deter indiretamente o investimento da GVT (Holding) SA, via VTB Participações SA;

4.8. Etapa 5 - Incorporação da VTB Participações SA pela GVT (Holding) SA

4.8.1. Passados quase dois anos, decidiu-se simplificar a estrutura societária no Brasil, visando a racionalização de recursos, custos e despesas. Esta reorganização se deu em duas etapas: (1ª) incorporação da VTB Participações SA pela GVT (Holding) SA; e (2ª) incorporação da GVT (Holding) SA pela GVT SA. Após tais operações, o ágio registrado na VTB Participações SA passou para a GVT SA, que iniciou sua amortização para fins fiscais conforme autorizado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 e art. 386 do RIR/99;

Conclusões preliminares

4.9. Ante o exposto até aqui, verifica-se que todos os atos praticados e a estrutura adotada para a aquisição do investimento na GVT (Holding) SA pela VTB Participações SA foram guiados por razões negociais e econômicas, anteriores e mais relevantes do que seus reflexos tributários no Brasil. As transações que precederam àquelas que levaram à amortização do ágio se deram entre partes não relacionadas e na mais absoluta condição de livre mercado, com definição independente de preço e seu efetivo pagamento às partes vendedoras, com ampla divulgação e anuência das diversas autoridades regulatórias: Anatel, CVM, Banco Central do Brasil (Bacen) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Além disso, os art. 385 e 386 do RIR/99 foram estritamente observados

pela VTB Participações SA, que demonstrou que o ágio tinha fundamento na rentabilidade econômica da GVT (Holding) SA com base em dois laudos elaborados por empresas independentes. Apesar da acusação de amortização de ágio interno, a autoridade fiscal não indicou a criação de qualquer riqueza intragrupo; ao contrário, a narrativa fiscal confirma que todo o valor do ágio amortizado jamais destoou dos preços negociados e pagos entre partes independentes;

A ilegitimidade da glosa da amortização do ágio

4.10. O direito à amortização fiscal do ágio tem por fundamento as disposições dos arts. 385 e 386 do RIR/99 e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Tais normas não definem, limitam ou especificam a modalidade de aquisição que se lhe sujeitam. O que determina o registro de ágio em investimento é o ato jurídico válido de aquisição deste por valor diverso do patrimônio líquido da sociedade cuja participação foi adquirida. Por aquisição deve ser entendida toda e qualquer modalidade de operação que resulte em translação de propriedade (compra e venda, dação em pagamento, permuta, doação etc) conforme doutrina e jurisprudência da CSRF (Ac nº 9101.001.657). No presente caso estão sendo atacados procedimentos adotados pela VTB Participações SA por ocasião das aquisições de investimentos em OPA obrigatória (12,72% do capital da GVT (Holding) SA) - primeira aquisição - e em incorporação de ações (87,28% do capital da GVT (Holding) SA) - segunda aquisição -;

4.10.1. Foram atendidos os requisitos trazidos nas referidas normas, quais sejam: (i) indicação do fundamento econômico por ocasião da aquisição; (ii) confluência do ágio com a incorporação da VTB Participações SA pela GVT (Holding) SA; e (iii) fundamento econômico com base em avaliação feita no Laudo Calyon e no Laudo Capital Soluções, este último por ocasião da operação de incorporação de ações. Além desses requisitos legais, foram observados também os requisitos pela corrente jurisprudencial do Carf: (i) efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização de operações originais entre partes não relacionadas; e (iii) a demonstração da fundamentação econômica do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura;

4.11. Primeira aquisição - ágio registrado na aquisição de ações em OPA -

4.11.1. Nesta operação foi registrado o ágio de R\$ 883.435.173,95, sendo fatos incontroversos o efetivo pagamento, a aquisição em ambiente regulado e as condições de livre mercado. O fundamento econômico foi integralmente suportado em Laudo Calyon, cuja avaliação atribuiu às ações valor entre R\$ 51,00 e R\$ 59,00, tendo sido pago R\$ 58,14/ação;

No tocante a esta aquisição, a autoridade fiscal questiona o direito ao registro e amortização do ágio por entender que a VTB Participações SA foi utilizada como uma mera empresa-veículo, sendo a Vivendi SA a verdadeira adquirente das ações;

O propósito da criação da VTB Participações SA foi além da geração de um benefício fiscal, tendo como finalidade a viabilização da OPA e o fechamento do capital da GVT, funções completamente desvinculadas de qualquer economia tributária, e, posteriormente, centralizar o investimento na GVT (Holding) SA e manter o controle direto da companhia no Brasil. A OPA obrigatória foi essencial para a aquisição de 100% do capital da GVT (Holding) SA. Na aquisição, a VTB Participações SA incorreu em todos os ônus, encargos e despesas com a operação, sendo responsável por liquidar financeiramente as ações

mediante pagamento em dinheiro, e por pagar os custos, comissões de corretagem e emolumentos da OPA;

No transcurso dessa operação e da segunda aquisição (incorporação de ações), a VTB Participações SA praticou todas as atividades ligadas a sua finalidade de sociedade de holding. Entre sua constituição em 2009 e posterior incorporação em 2013, decorreu lapso temporal de quatro anos, sendo, pois, frágil a defesa de que esta sociedade é empresa-veículo. Ademais, verifica-se que: (i) apenas em 2011 a VTB Participações SA recebeu a vultosa quantia de R\$ 39.937.000,00 a título de dividendos pagos pela GVT (Holding) SA, apurando lucro líquido de R\$ 51.430.000,00, conforme balanço patrimonial; (ii) para fazer face às atividades de holding, principalmente os serviços contratados, manteve em caixa R\$ 2.539.000,00 mesmo após realizar a OPA, valor expressivo para uma holding pura; (iii) os rendimentos financeiros foram tributados pelo IRRF; (iv) cumpriu todas as obrigações tributárias principais e acessórias; (v) contratou terceiros, incorrendo em despesas de R\$ 587.000,00 em 2010, R\$ 200.000,00 em 2011, e R\$ 306.828,16, em 2013; (vi) incorreu em despesas administrativas de R\$ 60.000,00; (vii) participou das deliberações da GVT (Holding) SA, tais como a AGE de 10.06.2010; (viii) pagou dividendos

4.11.5. Todas as atividades operacionais da empresa, ligadas ao seu objeto social (holding), foram desprezadas pela autoridade fiscal, que se apegou arbitrariamente a "cenar" do filme (vida societária real), focando na criação da sociedade e em sua incorporação;

4.11.6. Em diversos precedentes o Carf coibiu a adoção indiscriminada do conceito-chavão de "empresa-veículo". Recentemente, os Acórdãos nºs 1201-001.364, 1302-001.954, 1302-001.980, 1302-001.978 e 1201-001.534 decidiram ser legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes, sob o fundamento de não haver óbices para que o grupo econômico transfira o investimento com ágio efetivamente pago a outra empresa sua, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura, mesmo se para isso se utilizar de "empresa-veículo". Citam-se outros acórdãos: 1301-002.009, 1301-002.047, 1201-001.267, etc.. Assim, mesmo que se pretenda caracterizar a VTB Participações SA como "empresa-veículo", ainda assim a jurisprudência administrativa reconhece a amortização nesses casos, considerados todos os pressupostos legais atendidos com no presente caso;

4.11.7. O fato de a VTB Participações SA ter recebido recursos da Vivendi SA em aumento do capital, e ter utilizado tais recursos para adquirir participação societária na GVT (Holding) SA em OPA, não impossibilita o registro do investimento e do ágio na VTB Participações SA. A origem dos recursos ser aumento de capital na VTB Participações SA pela Vivendi SA não altera a natureza jurídica da operação de aquisição de ações em OPA, isto porque a contrapartida do investimento da Vivendi SA foi a emissão de ações pela VTB Participações SA. Esta, por sua vez, passou a dispor dos valores recebidos, utilizando-os na aquisição de ações da GVT (Holding) SA na OPA. A realidade concreta é a de que a VTB Participações SA é que adquiriu as ações da GVT (Holding) SA, pagando os acionistas com recursos próprios;

4.11.8. Ressalte-se que a realização de OPA necessita de intermediação de instituição financeira, que garantirá a liquidação financeira da oferta e, eventualmente, paga o preço. Assim, é usual tais instituições restringirem a utilização de sociedades estrangeiras na

operação, haja vista haver maiores dificuldades na execução das garantias. Tal fato é mais um motivo para a utilização da VTB Participações SA na operacionalização;

4.11.9. o raciocínio adotado pela autoridade fiscal, amparada no argumento de que o ônus financeiro da aquisição das ações foi suportado pela controladora estrangeira, é absurda. Os fluxos econômicos, puramente pelo prisma econômico, não são determinantes de efeitos jurídicos, mas sim os atos jurídicos que os acompanham. O fluxo econômico pode ser o mesmo, "ingresso de recursos", mas o ato jurídico - aumento de capital, empréstimo, dação em pagamento, etc, é que define as consequências no plano jurídico. Seguir o entendimento fiscal conduziria ao cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, obrigando a revisão do conceito de controlador, que deixaria de existir na figura de uma sociedade, pois acima de uma sociedade há outra sociedade investidora, e assim por diante, até chegar aos sócios pessoas físicas. Ou seja, em outras palavras, nenhuma sociedade que tenha acionista controlador seria adquirente de nada;

4.11.10. É natural que uma pessoa jurídica, necessitando de caixa para determinada operação, seja financiada pela sócia ou empresa do grupo econômico por meio aumento de capital ou empréstimo. Tal fato, corriqueiro, não pode ser qualificado como artifício para macular a validade dos atos jurídicos, autorizando sua desconsideração conforme feito pela autoridade fiscal. A alternativa ao aumento de capital seria obter empréstimo junto a instituições financeiras. Nesse caso, estas instituições seriam as adquirentes do investimento na GVT (Holding) SA?

4.11.11. Ademais, conforme jurisprudência do Carf (Ac n.ºs 1301-001.950, 1302-001.150, 1302-001.182 e 1401-001.240), o investidor estrangeiro não está obrigado a efetuar uma aquisição direta de participação societária de forma a eventualmente restringir seu direito ao aproveitamento fiscal do ágio gerado na transação, caso pudesse fazê-lo por meio de subsidiária brasileira;

4.12. Segunda aquisição -

4.12.1. Esta aquisição consistiu em incorporação de ações da GVT (Holding) SA ao patrimônio da VTB Participações SA, tendo como efeito a aquisição por esta da totalidade remanescente das ações daquela, que passou a ser sua subsidiária integral. O valor pago foi de R\$ 7.670.896.024,81, sendo o ágio registrado nos termos do art. 385 do RIR/99 no montante de R\$ 5.030.091.216,36. O ágio foi integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura suportada originalmente no Laudo Calyon, devidamente atestada pelo Laudo Capital Soluções elaborado por ocasião da incorporação das ações. Além disso, as operações precedentes foram realizadas entre partes independentes, não sendo possível sustentar a qualificação de ágio interno;

4.12.2. No que diz respeito à incorporação de ações, a Lei n.º 6.404, de 1976, não definiu expressamente formalidades para demonstração da avaliação dos bens incorporados, seja no art. 8.º, de caráter geral, seja no art. 252, adotando o princípio da liberdade convencional dos parâmetros para a determinação das relações de troca;

4.12.2.1. A única exigência imposta é que haja avaliação econômica dos bens para que não sejam vertidos ao patrimônio da incorporadora em valor superior ao real, visando resguardar o princípio da realidade do capital social, essencial à preservação dos interesses dos credores e demais acionistas (arts. 5.º e 7.º da referida lei). Daí a necessidade de que os critérios de avaliação das ações incorporadas e seus valores sejam informados no

protocolo de incorporação, juntamente com as demais condições do negócio, evidenciando que o valor das ações é no mínimo igual ao capital social a realizar. No caso, o Protocolo de Incorporação de Ações (fls. 747 a 753) afirma expressamente que o valor de R\$ 6.658.710.903,42 atribuído às ações incorporadas corresponde ao efetivo custo de aquisição das ações incorrido anteriormente pela Vivendi SA. Tal valor é o último parâmetro de mercado conhecido da GVT (Holding) SA (que deixou de ter ações negociadas em bolsa), que foi pago a terceiros conforme Laudo Calyon. A adoção deste valor foi um procedimento conservador e coerente, não merecendo reparo;

A aquisição pelo valor acima referido, que reflete o custo de aquisição anteriormente incorrido em operações realizadas entre partes independentes e sob condições de mercado (*arm's length*) está em linha com as regras vigentes de preços de transferências. A própria Receita Federal já reconheceu que as operações envolvendo alienação de participação societária estão sujeitas a tais regras;

Não há dúvida, pois, que o fundamento econômico do ágio estava suportado tanto pelo Laudo Calyon, quanto pelo Laudo Capital, este último elaborado por ocasião da incorporação de ações. Ambos foram arquivados na contabilidade, e evidenciam de forma hábil e idônea a perspectiva de rentabilidade futura e o valor mínimo a ser atribuído às ações, evitando prejuízos potenciais aos acionistas e credores;

Caso se tivesse atribuído valor de R\$ 12.561.827.000,00 às ações incorporadas, como pretende a autoridade fiscal, ocorreria o reconhecimento de ágio adicional pela VTB Participações SA de R\$ 4,3 bilhões. Tal diferença, ainda que sujeita à tributação de IRRF à alíquota de 15%, totalizaria o valor recolhido de R\$ 640,5 milhões, havendo, em contrapartida, a economia de aproximadamente R\$ 1.462 bilhões com futuras despesas de amortização fiscal de ágio deduzidas da apuração do IRPJ e da CSLL. Assim, a incorporação com base em valor pago anteriormente entre partes independentes e em condições de mercado evitou o registro do chamado "ágio interno";

4.12.3. O "ágio interno", na acepção técnica da expressão criada no âmbito de normas contábeis da CVM (Ofício Circular/CVM/SNC/CEP nº 01/2007), corresponde a um ágio que tenha sido reconhecido sem um custo de aquisição efetivamente incorrido, caracterizado como artificial, isto é, desprovido de substância econômica. Tal conceito não se aplica ao caso, onde o ágio decorreu de operação entre partes relacionadas, mas os valores transacionados tiveram por parâmetro operação anterior entre partes não relacionadas, conferindo um parâmetro de mercado e independência que afasta qualquer alegação de artificialidade. O "ágio interno" ocorreria se a operação tivesse sido avaliada pelos 12 bilhões acima mencionados, máximo estimado pelo Laudo Capital;

Registre-se que a autoridade fiscal desconsiderou que a parcela do ágio de R\$ 883.435.173,95 já estava registrado na VTB Participações SA no momento da incorporação, pois decorrente de aquisições realizadas anteriormente em OPA junto aos acionistas minoritários, em condições de mercado;

Em realidade, ao invocar a vedação de amortização do "ágio interno", associando este conceito ao ágio nascido entre operações no mesmo grupo econômico, a autoridade fiscal extrai conceitos que não existiam na lei em vigor à época dos fatos. Na prática, procura a aplicação retroativa da Lei nº 12.973, que positivou a vedação à amortização de ágio gerado em operações entre partes relacionadas. À época dos fatos, o art. 385 do RIR/99 impunha-se a qualquer operação, ainda que entre sociedades de mesmo grupo econômico,

indicando diretriz do legislador ao intérprete de não ser admitida qualquer restrição ao registro e amortização de ágio decorrente de operações legítimas. Nesse sentido está a doutrina e o Carf. Frise-se que a Lei nº 12.973 não tem natureza interpretativa, vez que é necessário que tal condição esteja expressa;

Aquisição de investimento no Brasil por estrangeiros

4.13. Não procede o argumento fiscal, que tem como referência recente Acórdão nº 9101-002.213 da CSRF, e que sustenta que a contribuição de investimento adquirido no exterior à empresa brasileira, independentemente do ato societário vinculado, viola a legislação relativa ao aproveitamento fiscal do ágio. São duas as modalidades de investimento estrangeiro no Brasil: (i) aquisição direta por meio de aumento de capital; e (ii) capitalização de sociedade brasileira para que esta adquira participação societária em outra. Em ambas as hipóteses, as decisões proferidas, por voto de qualidade, decidiram ser inadmissível o registro de amortização do ágio gerado;

4.13.1. Esse entendimento está ao arpejo do ordenamento jurídico, vez que não há nos arts. 385 e 386 do RIR/99 qualquer distinção quanto à origem do investimento no Brasil. Tal técnica de interpretação viola os princípios gerais da atividade econômica e o tratamento isonômico entre residentes e não residentes da Constituição Federal (CF) e a não discriminação do capital estrangeiro conforme Lei nº 4.131, de 1962, recepcionada pela CF (art. 172);

Validade do procedimento contábil da GVT SA

4.14. A autoridade fiscal tece comentários sobre o procedimento contábil adotado pela GVT SA no tocante ao registro do ágio e à dedução das despesas mensais de amortização, reconhecendo não haver qualquer impacto tributário no caso. É devido registrar que o procedimento adotado encontra suporte nas regras contidas na Instrução nº 319/99 da CVM (ICMV 319), e já foi analisado e validado pelo Carf no Acórdão nº 1402-001.461 (de 08/10/2013);

Amortização de ágio na apuração da CSLL

4.15. Diferentemente do disposto para o IRPJ, não existe vedação legal à dedução de ágio para fins de apuração da CSLL. Além disso, não há norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ. Este é o entendimento do Carf nos Acórdãos nº 1301-0001.373, de 19/01/2016, e 1301-001.893, de 20/01/2016, como também da CSRF, no Acórdão nº 9101-002.310, de 03/05/2016;

4.15.1. A ausência de vedação resta ainda mais latente quando se observa o art. 50 da Lei nº 12.973, que passou a fazer previsão expressa da aplicação também à CSLL das normas legais que tratam do ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura. Ou seja, até a edição dessa lei não havia disposição legal de vedação à amortização de ágio para CSLL;

4.15.2. Ademais, ainda que não se entenda assim, o art. 75 da IN SRF nº 390, de 2004, traz disposição que autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida. Assim, a dedução é devida pela aplicação de todos os argumentos apresentados em relação ao IRPJ;

Impossibilidade de exigir a multa isolada

4.16. Além de todas as ilegalidades em relação à glosa do ágio que acarretou a falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e de CSLL que lhe foi imputada, a aplicação de per se da multa isolada é ilegítima pois (i) apenas pode ser exigida antes do encerramento do ano-calendário a que se refere, e (ii) a GVT SA não apurou nenhum valor devido da título de IRPJ e CSLL no final do ano-calendário de 2015. Nesse sentido está o entendimento do Carf (Acórdão nº 1103-00.200) e da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) (Acórdão nº 9101-00.520);

Juros de Mora sobre a Multa

4.17. É indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no auto de infração somente autoriza a aplicação de juros de mora sobre os tributos não pagos no prazo legal.

Em Sessão de 5 de maio de 2017, a 4ª Turma da DRJ/REC julgou as impugnações improcedentes, por meio de acórdão cuja ementa foi assim transcrita:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSÁRIA CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE INVESTIDOR REAL E INVESTIDA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ÁGIO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE.

É inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NATUREZA DE DESPESA. DESPESA CRIADA ARTIFICIALMENTE. INDEDUTIBILIDADE.

A amortização do ágio constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se sujeita ao regramento geral disposto no art. 299 do RIR/99, que vincula a sua dedutibilidade a despesa decorra de operação necessária, normal e usual da pessoa jurídica. Não há como estender tais atributos para despesas derivadas de operações montadas artificialmente com o fim único de economia tributária.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DEMONSTRAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO. CONDIÇÃO NECESSÁRIA.

É condição necessária para a dedutibilidade da amortização do ágio justificado no fundamento econômico de expectativa de resultados futuros, que o laudo de avaliação em que se baseou seja contemporâneo com a aquisição do investimento e esteja devidamente arquivado. Ainda que aprovado em AGE, o laudo cuja avaliação da empresa investida não tiver sido levada em consideração para a fixação do preço da operação, o qual se baseou em outro laudo utilizado por outra empresa do mesmo grupo em outra operação realizada anos antes, não tem qualquer valor comprobatório. Este outro laudo, que efetivamente serviu de base para o valor registrado, também não serve como alicerce do fundamento econômico por não ser contemporâneo à operação que gerou o ágio.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO APÓS ANO-CALENDÁRIO E COM APURAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA NO AJUSTE.

É devida a aplicação de multa isolada em decorrência da falta de pagamento de estimativa após o encerramento do ano-calendário, ainda que tenha sido apurada base de cálculo negativa no ajuste anual.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.
Devida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício que compõe o crédito tributário quando este se torna definitivo, ou seja, em fase de cobrança.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL Ano-calendário: 2015

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA E JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A decisão relativa ao IRPJ quanto a estas matérias aplica-se no julgamento do auto de infração da CSLL, vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

A contribuinte principal foi intimada da decisão de piso em 22/05/2017 (fls. 2.229) e interpôs recurso voluntário (fls. 2.233/2.302) em 16/06/2017 (fls. 2.232), reiterando as razões de defesa a questionando determinados pontos da decisão recorrida.

Já o responsável solidário (Pop Internet Ltda.) foi notificado do Acórdão da DRJ em 18/05/2017 (fls. 2.228) e interpôs recurso (fls. 2.233/2.302) em 11/06/2017 (fls. 2.232), o qual também repisa as alegações da impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos legais de admissibilidade, assim, merece ser conhecido e apreciado.

Os lançamentos decorrem da constatação de dedução indevida de despesa com amortização de ágio, que acarretou majoração do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, bem assim a falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL de janeiro e fevereiro de 2015.

Foram, também, responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário constituído, na condição de sucessoras por cisão e por incorporação, nos termos dos arts. 124, II, 129 e 132 do Código Tributário Nacional (CTN), e do art. 5º, §1º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, as pessoas jurídicas POP Internet Ltda e Telefônica Brasil SA, respectivamente.

I. Glosa da amortização de ágio

O cerne da controvérsia refere-se à amortização do ágio decorrente da aquisição da GVT (Holding) pelo Grupo Vivendi, que pode ser resumido em quatro etapas:

(i) aquisição, em outubro/2009, de 87,28% das ações de emissão da GVT (Holding) pela empresa francesa Vivendi S/A pelo total de R\$ 6.658.710.903,42, com ágio de R\$ 4.857.837.649,74;

(ii) aquisição, em junho/2010, de 12,72% das ações da GVT (Holding), ainda em circulação no mercado brasileiro, por meio de OPA, pela VTB Participações SA, subsidiária da Vivendi SA no Brasil. Esta operação teve um custo de R\$ 1.012.185.121,19, dos quais R\$883.435.173,95 dizem respeito a ágio, custo este arcado por meio de recursos provenientes de capitalização de numerário remetido do exterior pela Vivendi SA, conforme registra a ata da AGE da subsidiária realizada em 28/04/2010;

(iii) incorporação, em dezembro/2011, das 119.455.959 ações de emissão da GVT pela VTB Participações, tornando-se aquela empresa sua subsidiária integral. Para operacionalizar a incorporação de ações da GVT, a VTB teve seu capital social aumentado para R\$ 7.671.726.003,00. Registrou o investimento nos termos dos arts. 384 e 385 do RIR/99, composto pelo valor do patrimônio líquido da GVT (Holding) SA (R\$2.640.804.808,45) e pelo ágio (R\$ 5.030.091.216,36 = valor pago de R\$ 7.670.896.024,81 - R\$ 2.640.804.808,45). O ágio pago teve fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura da GVT, suportada em avaliação contida no Laudo Calyon e no Laudo Capital Soluções;

(iv) incorporações, em setembro/2013, (1º) da VTB Participações SA pela GVT (Holding) SA; e (2ª) da GVT (Holding) SA pela GVT SA. Após tais operações, o ágio registrado na VTB Participações SA passou para a GVT SA, que iniciou sua amortização para fins fiscais com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e art. 386 do RIR/99.

Por considerar indevido o aproveitamento fiscal desse ágio, a fiscalização lavrou Autos de Infração.

De acordo com o próprio TVF:

Os motivos que impõem a glosa da amortização do ágio são, resumidamente, os seguintes:

*i) **Imprestabilidade do documento (laudo) apresentado pela FISCALIZADA à guisa de comprovação do fundamento econômico do ágio.** O laudo refere-se à situação patrimonial do investimento anterior à época em que o ágio foi registrado na "empresa veículo", ou seja, por ocasião da incorporação de ações (tópico 4.5).*

*ii) **Utilização do artifício conhecido como "ágio interno".** O entendimento consolidado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais é de que o pretense ágio oriundo de operações envolvendo empresas já pertencentes ao mesmo grupo econômico não é amortizável. [...]*

*iii) **Utilização da "empresa veículo" VTB PARTICIPAÇÕES visando exclusivamente à "nacionalização" do investimento e ao aproveitamento fiscal do ágio. [...]***

II.I) Fundamento econômico de ágio

À época dos fatos narrados, encontrava-se em vigor, sem alterações, o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, base legal do artigo 385 do RIR/99, *in verbis*:

*“**Artigo 385** - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se percebe, tal dispositivo estabelece que o contribuinte que avaliar um investimento pelo método da equivalência patrimonial deve, no momento da aquisição, desdobrar o respectivo custo entre *valor patrimonial das ações adquiridas* e *ágio*. O *ágio* é calculado pela diferença entre o valor pago pela participação societária e o correspondente valor patrimonial, podendo ter os seguintes *fundamentos econômicos*: **(a)** valor de mercado dos bens do ativo superior ao registrado na contabilidade; **(b)** rentabilidade futura esperada da investida; e **(c)** fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O *ágio* decorrente dos itens **(a)** e **(b)** deve estar fundamentado, nos termos da lei, *em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*.

Nesse caso concreto, o *ágio* está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, mas a fiscalização e os julgadores da DRJ a desconsideraram sob a justificativa de que o laudo de avaliação elaborado pela Calyon não seria suficiente para justificar o *ágio* pago na operação de incorporação de ações, uma vez que este documento fora preparado em novembro de 2009 e a operação ocorreu efetivamente em dezembro de 2011.

Além disso, a fiscalização também questiona o laudo elaborado pela Capital Soluções, em face deste indicar uma avaliação superior ao aumento de capital da VTB.

De plano, cumpre notar que a legislação até vigente à época dos fatos geradores nunca exigiu laudo técnico específico emitido por perito ou outra formalidade de avaliação do negócio. Não há, aliás, nenhum critério legal que estabelece a forma, muito menos a metodologia de avaliação acerca da previsão de rentabilidade futura, sendo necessária apenas a *demonstração do fundamento econômico* do *ágio*.

Na ausência, então, de previsão legal que estabeleça padrões mínimos quanto à forma de demonstração do lançamento contábil de *ágio*, o contribuinte pode se valer de todos os meios de prova acerca da substância econômica do sobre-preço pago na aquisição de investimento sujeito ao MEP.

Nesse sentido caminhou a jurisprudência do CARF, conforme atestam as ementas dos julgados abaixo:

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos. (Acórdão 1201-001.438 - 2ª Câmara /1ª Turma - Sessão de 07/06/16)

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG E DA MAGNESITA.

A legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77, logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do demonstrativo apresentado pelo fiscalizado, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações. (Acórdão nº 1302-001.465 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 30 de Julho de 2014).

LAUDO DE AVALIAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A legislação não traz previsão de obrigatoriedade de apresentação de laudo de avaliação anterior a operação que originou o valor pago para fins de rentabilidade futura, ainda que por meio de estudo técnico interno, preenche os requisitos previstos em lei, sendo que o laudo elaborado em período posterior pode servir apenas para ratificar o estudo anterior. (Acórdão nº 1201-001.507 – Sessão de 14 de Setembro de 2016).

Ora, tendo em vista que a norma legal não previa uma forma para a demonstração da rentabilidade futura, muito menos dispunha expressamente sob contemporaneidade entre a data de assinatura do laudo e a data do pagamento do ágio, não poderia a fiscalização exigir uma rigorosa concomitância.

O ágio de que ora se trata foi apurado pela VTB em operações societárias legítimas que resultaram na aquisição da GVT. Nesta operação entre partes não relacionadas, foi efetivamente pago ágio de mais de R\$5bilhões. Tais fatos, aliás, foram confirmados pela fiscalização, conforme exposto no TVF.

Nesse caso específico, o Protocolo de Incorporação de Ações (fls. 752/758), a propósito, afirma expressamente no item 6 (f) que o valor de R\$ 6.658.710.903,42 atribuído às ações incorporadas da GVT corresponde ao efetivo custo de aquisição das ações da Vivendi S.A. Veja-se:

A incorporação pela VTB, das Ações Incorporadas detidas pela Vivendi deverá ser feita com base no custo de aquisição de tais ações constante dos registros da Vivendi, e o número de ações a serem emitidas pela VTB - ações estas que a Vivendi, por meio do presente instrumento, se compromete a manter - foi determinado com base no seu respectivo valor patrimonial.

Conforme ainda restou demonstrado, esse valor representa o último parâmetro de mercado conhecido da GVT, refletindo o custo médio de R\$ 56,00 por ação que foi efetivamente pago a terceiros, sendo que o Laudo Calyon elaborado à época da incorporação, avaliou as Ações na faixa entre R\$ 51,00 a R\$ 59,00.

Especificamente quanto à significativa discrepância da avaliação do laudo da Capital Soluções, superior a R\$4B, entendo que esta não produz qualquer efeito, uma vez que os demais elementos probatórios dos autos são mais do que suficientes para demonstrar o fundamento econômico do ágio representado pelo próprio custo do investimento.

Como se sabe, uma transação dessa magnitude não ocorre "da noite para o dia", especialmente quando envolve grupos empresariais de grande porte com atuação internacional negociando a aquisição de controle societário e, muitas vezes, transferências de direitos de exploração de atividades econômicas.

As tratativas comerciais dependem de diversos fatores e não raramente exigem sigilo das partes em face das repercussões no mercado em geral e nas bolsas de valores em especial.

Nessa situação particular, dúvidas não pairam de que a aquisição da GVT foi feita naquilo que se espera da livre iniciativa, com participação efetiva de dois concorrentes de grande porte (Grupo Vivendi e Telesp Telefônica) e que o Grupo Vivendi - vencedor da disputa -, num primeiro momento, adquiriu 87% do investimento diretamente no exterior, em razão de três razões negociais: curto prazo para apresentar proposta final, confidencialidade e riscos de oscilação cambial do preço; e o restante (13%) foi adquirido pela VTB de acionistas no Brasil em oferta pública de aquisição de ações (OPA), de cunho mandatário (cf. art. 254-A da Lei das S.A e Instrução CVM n. 361).

Posteriormente, e como forma de centralizar o controle direto no Brasil, e indireto na França, houve a aquisição pela VTB das ações de GVT por meio de incorporação de ações desta por aquela, de modo que a GVT se tornou uma subsidiária da VTB, nos termos do artigo 252 da LSA.

As transações que precederam àquelas que levaram à amortização do ágio se deram entre partes não relacionadas, em condição de livre mercado, com definição independente e pagamento efetivo de preço, com ampla divulgação e anuência das diversas autoridades regulatórias: Anatel, CVM, Banco Central do Brasil (Bacen) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Os atos praticados e a estrutura adotada para a aquisição e concentração do investimento na GVT (Holding) SA pela VTB Participações SA, portanto, não foram conduzidos exclusivamente por razão estritamente fiscal, possuindo, antes disso, notório fundamento negocial e consistente substância econômica.

Feitas essas considerações, considero demonstrado o fundamento econômico de rentabilidade futura do ágio ora em discussão.

II.II) Ágio interno

A segunda causa da glosa da amortização diz respeito ao fato do fiscal ter colocado o ágio em questão na "vala" do que se denomina de *ágio interno* indedutível. Para tanto, alega que:

as ações adquiridas pela francesa VIVENDI foram incorporadas por sociedade controlada por ela mesma, a "empresa veículo" brasileira VTB PARTICIPAÇÕES. Portanto, a incorporação de ações foi uma operação realizada pela VIVENDI consigo mesma, ainda que por intermédio de uma subsidiária. A artificialidade dessa operação salta aos olhos pelo fato de ter sido convenientemente atribuído um valor às ações incorporadas

de forma que houvesse um suposto ágio a ser (indevidamente) amortizado sem, no entanto, incidir em ganho de capital tributável (tópico 4.6).

Mais precisamente, inicialmente a fiscalização questiona o ágio diretamente apurado pela VTB na OPA em função da origem dos recursos empregados nesta aquisição corresponderem a aumento de capital proveniente da Vivendi S/A. Logo em seguida questiona a legitimidade do ágio decorrente da incorporação de ações da GVT pela VTB, considerando, no final, que o ágio é interno e, portanto, indedutível por excelência.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a origem dos recursos empregados na aquisição do investimento é irrelevante para fins de apuração de ágio. Esse fato não produz, a bem da verdade, nenhum efeito no tocante ao direito de amortizar o ágio.

Ora, é usual, razoável e totalmente compreensível que aportes de recursos sejam feito por uma controladora, ainda que sediada no exterior, em qualquer empresa investida, por exemplo, no Brasil. Esses recursos aportados podem ser utilizados para os mais variados fins, como a aquisição de maquinário, capital de giro, empréstimo, aumento de capital e também a aquisição de participação societária.

A procedência do caixa que suportou parcela de pagamento do investimento, pois, não altera a natureza jurídica do ágio, bem como não macula as operações subseqüentes..

A incorporação de ações, a seu turno, está expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/1976², constituindo instituto do Direito Societário assim resumido por Nelson Eizirik³:

A incorporação de ações constitui a operação mediante a qual uma sociedade brasileira incorpora ao seu patrimônio todas as ações de outra companhia, convertendo-a em subsidiária integral. A incorporação de ações não se confunde com a incorporação de sociedades, também regulada pela Lei das S.A. (artigo 227), que consiste na operação pela qual 1 (uma) ou

² Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.

³ A Lei das S/A Comentada. Volume Quatro. 2ª edição. 2015. São Paulo: Quartier Latin. P. 290.

mais sociedades são absorvidas por outra que as sucede em todos os direitos e obrigações.

A incorporação de ações constitui inovação importante em nosso sistema de Direito Societário. O instituto, após ter ficado longo período sem utilização, tem propiciado, nos últimos anos, a realização de operações de reorganização societária de grande vulto. Trata-se de instrumento jurídico adaptado da experiência prática do mercado norte-americano, onde apresenta-se como uma das múltiplas modalidades de concentração e reorganização empresarial, tendo sido objeto de adequado e engenhoso tratamento legislativo entre nós.

A incorporação de ações implica a realização de um aumento de capital da empresa incorporadora, a ser integralizado mediante a conferência, para o seu patrimônio, das ações de propriedade dos acionistas da sociedade incorporada ou do próprio patrimônio desta.

Em vista de resguardar o princípio da realidade do capital social, essencial à preservação dos interesses de credores da empresa incorporadora, o artigo 224, III, também da Lei das S/A determina que sejam informados, no Protocolo de Incorporação, juntamente com as demais condições do negócio, "*os critérios de avaliação do patrimônio líquido*" da companhia incorporada, para fins de determinação do valor do aumento de capital da incorporadora.

É esta a avaliação a que faz menção, no caso de operação de incorporação de ações, o parágrafo primeiro do artigo 252 da Lei das S/A, segundo o qual a "*assembléia geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deve autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão*".

A legislação concedia á época dos fatos ampla liberdade para a definição do critério de avaliação das ações ou do patrimônio a ser incorporado, exigindo apenas que seja identificado no Protocolo de Incorporação.

Também a lei societária permitia aos administradores e acionistas escolherem livremente o método de avaliação para fixação das relações de troca, que poderiam ser convencionados conforme o princípio da liberdade contratual.

Nesse caso concreto, entendo que a fixação do valor do próprio custo de aquisição incorrido pelo grupo Vivendi às ações incorporadas possui base legal e, mais ainda, está em consonância com o próprio objetivo do desenho inicial da operação, qual seja, de concentrar o investimento no próprio país.

Nesse ponto, me parece equivocado a terminologia de "ágio francês" pago a mais-valia pela Vivendi. Em sentido técnico, todo o valor pago por ela constitui, na verdade, custo de aquisição do investimento.

Não obstante, ainda que rotulado de "ágio interno", o fato é que os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 não fazem qualquer discriminação do tipo ou origem do ágio, razão pela

qual a Recorrente, após as incorporações finais (incorporação reversa da VTB pela GVT e incorporação da GVT pela GVT S.A), reuniu as condições para aproveitamento fiscal do ágio previsto nesses dispositivos. Vejamos:

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

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

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

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

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

***§ 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:*

***a)** o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;*

***b)** o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.*

***§ 3º** O valor registrado na forma do inciso II do caput:*

***a)** será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;*

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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

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

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

Ricardo Mariz de Oliveira⁴, ao comentar tais dispositivos, leciona que:

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na lei, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base e o lucro nele apurado efetivamente.

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para

⁴ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin. P. 767.

dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

Com efeito, a permissão para a dedutibilidade do ágio com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura, prevista no artigo 7º, inciso III, acima, além de permitir, sob o prisma econômico, falar-se em "benefício" ou "renúncia fiscal", está em perfeita consonância com o *princípio da neutralidade tributária* do imposto de renda, bem como com o princípio contábil do *emparelhamento de receitas e despesas*.

O princípio da neutralidade preconiza que, em regra, o tratamento tributário de um resultado da transação (tributação do rendimento recebido) define o tratamento tributário correspondente (dedutibilidade do rendimento pago). Em se tratando de ágio, o sobre-preço incorrido na aquisição de um investimento, assim considerado o valor que excede aquele registrado pelo método da equivalência patrimonial, como regra, implica, para o vendedor, o recebimento de um valor que repercutirá na apuração do IRPJ e da CSLL, ao passo que, para o comprador, o sobre-preço pago na aquisição do investimento será um componente dedutível.

Isso, aliás, decorre da própria lógica da sistemática de apuração do lucro real. O preço pago a título de ágio é gasto do adquirente e, como tal, deve ser confrontado com as suas respectivas receitas, que com ela guardem relação intrínseca, para que possa ser levado ao resultado. É o que decorre do princípio contábil do "emparelhamento das receitas e despesas", de observância obrigatória aos sujeitos ao regime de competência.

Na época dos fatos, o ágio fundamentado em rentabilidade futura podia ser deduzido por ocasião da absorção da empresa que detém o ágio pela investidora ou vice-versa. Os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 assim prescreviam sem qualquer outra restrição.

Na prática, tudo leva a crer que a amortização do ágio para fins tributários foi introduzida no contexto das privatizações como um incentivo aos investidores e um meio de atrair propostas mais rentáveis para aquisição das empresas públicas.

Sobre o assunto, oportuno o comentário do Conselheiro Valmir Sandri quando do voto proferido no Acórdão nº 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Desde então, ou seja, após a permissão fiscal de dedução do ágio nas hipóteses legais acima vistas, a figura do "ágio" tem sido amplamente utilizada também no contexto de fusões e aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas e ilícitas.

A crescente utilização de ágio e, reconhecemos, seu abuso em dadas operações, chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro "caça às bruxas" a operações com ágio, passando muitas vezes a autuar os contribuintes praticamente de forma generalizada, numa espécie de modo piloto automático, mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas com operações ilícitas.

Nesse contexto, o que precisa ficar claro é que a dedução fiscal do ágio tem sentido lógico e, mais ainda, possuía previsão legal abrangente à época dos fatos geradores analisados.

A legislação de regência, no meu entendimento, foi estritamente observada pela VTB Participações SA, que demonstrou que o ágio tinha fundamento na rentabilidade econômica da GVT (Holding) SA com base em documentos que atestam os preços negociados e pagos entre partes independentes, bem como que a concentração do investimento e posterior "confusão" partiram de operações societárias válidas.

Tanto o "filme" (operação como um todo) quanto a "foto" (operações isoladas), representadas pelas etapas de aquisições via OPA, incorporação de ações e

incorporações de sociedades, inclusive reversa, respeitaram suas respectivas causas jurídicas, devendo produzir seus efeitos próprios.

Apesar da acusação de amortização de ágio interno, a autoridade fiscal nunca indicou a criação de qualquer riqueza nova intra-grupo e, mais ainda, nunca questionou que o valor do ágio cuja amortização se questiona teve como parâmetro o próprio custo do investimento.

A autoridade também não identificou qualquer conduta dolosa ou ato simulado. Não há qualquer motivação nesse sentido, razão pela qual jamais poderia ter desconsiderado os efeitos dos atos societários praticados.

O direito à amortização fiscal do ágio em debate, não custa repetir, tem por fundamento as disposições dos artigos 385 e 386 do RIR e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Tais dispositivos, em nenhum momento, restringem ou especificam a modalidade de aquisição da participação societária a cujo regime de registro e apuração do ágio deva se sujeitar.

O que determina o registro de ágio ou deságio na aquisição de participação societária, à luz de tais normativos, consiste no ato jurídico válido de aquisição do investimento e posterior evento societário de fusão, incorporação ou cisão, e nada mais!

Não nega-se, aqui, que a contabilidade, no Brasil, notadamente a partir de 2007, passou por profundas mudanças a fim de se adequar aos padrões contábeis internacionais.

Assim, foram publicadas as Leis n. 11.638/2007, que introduziu no Brasil o IFRS, prevê a segregação dos sistemas contábil e fiscal, passa a exigir resultado consolidado do grupo e veda, para fins societários, a utilização do dito *ágio interno*; Lei n. 11.941/2009, que instituiu o RTT (Regime Tributário de Transição); e a Lei n. 12.973/2014, que promoveu alterações importantes no tratamento do ágio, dentre elas, a indedutibilidade do *ágio interno*.

Ao assim proceder, isto é, ao passar a vedar expressamente do ágio formado intragrupo, a Lei n. 12.973/2014 deixou claro que não havia esta proibição na legislação anterior. Ou melhor, foi somente a partir desta lei, não aplicável no caso em razão do princípio da irretroatividade, que a figura do ágio interno aos olhos do direito tributário foi tipificada.

Com base, então, no que foi exposto, afasto a caracterização de ágio interno.

II.III) Empresa-veículo

A fiscalização ainda sustenta a glosa com base no argumento de que a VTB seria mera empresa-veículo, sendo a real adquirente a companhia francesa VIVENDI, empresa esta que manteve total independência entre seu patrimônio e o da investida, inexistindo, portanto, a necessária confusão patrimonial (incorporação ou fusão) entre investidor e investida, requisito legal para a amortização fiscal do ágio.

Esse raciocínio, porém, resta equivocado por pelo menos três motivos.

Primeiro porque, ao assim proceder, a autoridade fiscal acabou se colocando indevidamente na posição de Legislador, criando restrição legal que não existe nas normas apontadas.

Também o fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não é condição de dedutibilidade da amortização de ágio legítimo.

A incorporação em si, inclusive reversa, ainda que envolva a chamada empresa veículo, é instrumental. A participação da empresa veículo na operação, desde que o ágio seja real (como é no presente caso), não desvirtua o benefício fiscal, nem agride o espírito da lei, que trata, como demonstrado, apenas da absorção de patrimônio como condição suficiente e necessária para a dedução.

Segundo porque a jurisprudência do CARF caminha no sentido de que, uma vez demonstrado que seria possível a dedução do ágio por outros meios, não há óbices para que o grupo econômico transfira o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, ainda que veículo ou mero canal de passagem, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária.

E, finalmente, o uso de empresas veículos nesse tipo de estrutura configura conduta induzida pelo próprio ordenamento jurídico. A adoção de incorporação por intermédio de empresa veículo, em detrimento de incorporação direta entre investidora e investida, corresponde a uma política de tributação que foi amplamente consentida na busca de atrair investimento, mas que, somente após a Lei n. 12.973/2014, passou a ser mais rigorosa.

As ilações genéricas acerca de que a Vivendi S/A é quem teria sido a real adquirente e que ela teria obtido um duplo benefício, assim como que estaria ausente a confusão patrimonial na forma que entendeu, não possuem amparo em lei e não se sustentam diante do conjunto probatório acostado aos autos.

Isso porque não há qualquer indício ou alegação de que a VTB seria empresa interposta de forma fictícia, "empresa de fachada" ou "de papel".

Pelo contrário, a VTB permaneceu como investida de GVT por quase 4 (quadro) anos.

Ademais, trata a VTB de *holding* e que, como tal, tem por objeto social a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76 a seguir transcrito:

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

[...]

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

A duração e objeto de uma sociedade varia conforme o interesse das partes. Segundo o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil, que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

É perfeitamente normal, ou melhor, válida a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios. A curta duração ou uma finalidade específica da empresa não constitui, por si só, nada.

Nesse contexto, entendo que a VTB sempre figurou como parte legítima na estrutura, ainda que possa ser vista como mero veículo, na linha da jurisprudência que esta E. 2ª Câmara vem adotando e conforme atestam as ementas dos julgados abaixo:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo". (Acórdão nº 1201-001.242. Sessão de 15 de dezembro de 2015).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE. Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes. Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico transfira o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo. (Acórdão nº 1201-001.364. Sessão de 01 de março de 2016).

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA. No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. (Acórdão nº 1201-001.559. Sessão de 15/02/2017).

Nessa linha, e verificando na operação que resultou no registro do ágio amortizado pela Recorrente **(i)** o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio; **(ii)** a realização das operações originais entre partes independentes; e **(iii)** a correta

avaliação da empresa adquirida, com comprovação da expectativa de rentabilidade futura, entendo que a glosa é indevida, devendo ser cancelados os Autos de Infração.

Conclusão

Pelo exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR-LHE PROVIMENTO.

III) Multa isolada sobre estimativas e incidência de juros de mora

No caso da tese acima não ser vencedora, cumpre registrar que entendo cabível a imposição de multa isolada, ainda que a empresa tenha apurado prejuízo fiscal ou base negativa, em razão da previsão constante do art. 44, inciso II, “b” da Lei nº 9.430, de 1996 com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, conversão da MP nº 351, de 22 janeiro de 2007:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

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

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

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

É devida, portanto, a aplicação de multa isolada em decorrência da falta de pagamento de estimativa após o encerramento do ano-calendário, ainda que tenha sido apurado prejuízo ou base de cálculo negativa no ajuste anual.

Por sua vez, a previsão de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício está configurada no bojo do artigo 161, do CTN:

“Artigo 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

A análise desse dispositivo, notadamente a palavra “crédito”, deve ser feita levando em conta que o lançamento é ato que formaliza a exigência do valor do principal, juros e multa de ofício, passando esses valores a compor a obrigação tributária. O crédito tributário, pois, tem por objeto o pagamento de tributos e penalidades pecuniárias.

Isso não significa dizer que a referida norma equipara tributo a multa, afinal, por definição, tributo não tem natureza de sanção. A circunstância de o contribuinte ser imputado ao pagamento de multa não dispensa o pagamento do tributo apurado. Tanto o tributo quanto a multa decorrem de fatos previstos na lei e, por integrarem o crédito, estão sujeitos aos juros de mora.

Esse é também o entendimento das duas Turmas do STJ, conforme se observa das ementas transcritas a seguir.

“TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

2. Recurso especial provido.” (STJ. 2ª Turma. REsp 1.129.990/PR. Dje 01/09/09).

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO PARA TRIBUTOS ESTADUAIS DIANTE DA EXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZADORA. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 879844/MG, DJE DE 25/11/2009, JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE A ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTE DA 2ª TURMA DO STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (STJ. 1ª Turma. REsp 834.681/MG. Dje 02/06/10).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais. A título ilustrativo, veja os seguintes julgados:

“JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.” (Acórdão CSRF 9101-000.539. Sessão de 02/07/14).

“Juros de mora sobre multa de ofício. A melhor exegese da remissão feita pelo caput do art. 30 aos débitos referidos no art. 29, ambos da Lei nº 10.522/02, leva à conclusão que alcança todos os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inclusive os relativos à multa de ofício”. (Acórdão CSRF 9101-001.474 Sessão de 26/09/12).

“JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. *O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento (Acórdão CSRF 9303-002.399. Sessão de 15/08/13).*

Adotando essa linha jurisprudencial, considero legal a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base na taxa SELIC, conforme artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheira Eva Maria Los - Redatora designada.

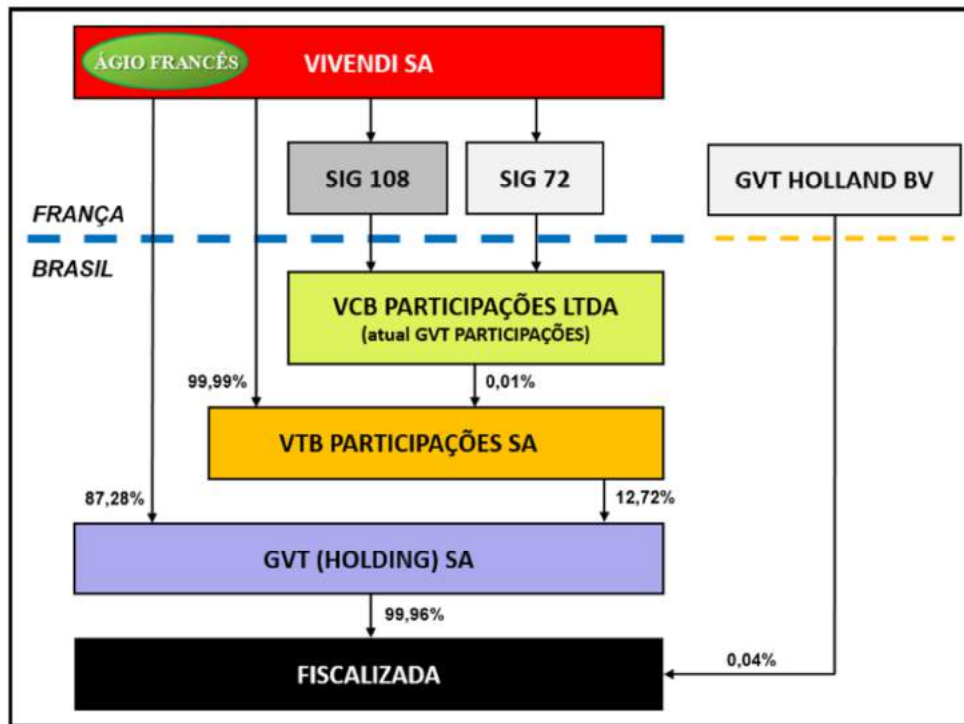
1. A autuação se compõe de autos de infração de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica- IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL:
 - a. glosa de amortização de ágio, fato gerador 31/12/2015, multa de ofício 75%;
 - b. multas isoladas de 50%, devido à falta de recolhimento de estimativas mensais, tanto de IRPJ, como de CSLL.
2. Foram responsabilizadas solidariamente as sucessoras da autuada, POP Internet Ltda, por cisão e Telefônica Brasil S/A, por incorporação.
3. Este voto vencedor trata dos questionamentos da Recorrente, referentes a:
 - a. dedutibilidade do ágio;
 - b. não vedação à dedutibilidade do ágio, da base de cálculo da CSLL.

1 Descrição dos fatos.

4. A Autuada, GVT S/A, passou a amortizar ágio depois de ter incorporado sua controladora direta GVT Holding S/A, que havia incorporado a respectiva controladora VTB Participações S/A.

1.1 FORMAÇÃO DO ÁGIO:

A Fig. 1, do Termo de Verificação Fiscal, ilustra a estrutura societária:



5. Aquisição de 100% das ações da GVT Holding S/A, Fig 1:

Vivendi S/A, na França, entre 10/2009 e 06/2010:

- adquiriu de investidores no exterior 31,08% das ações da GVT Holding S/A, com ágio;
- adquiriu de investidores, no mercado bursátil brasileiro, 56,2% das ações da GVT Holding S/A, com ágio;
- total do ágio R\$4.857.837.649,74;

VTB Participações S/A, subsidiária no Brasil da Vivendi, em 03/2010, adquiriu no mercado brasileiro via Oferta Pública de aquisições de Ações (OPA), 12,72% da GVT Holding S/A, com ágio R\$883.435.173,96; com recursos resultantes de capitalização da VTB, pela Vivendi S/A.

1.2 INCORPORAÇÕES

6. Incorporação das ações da GVT Holding S/A, pela VTB Participações S/A, em 21/12/2011; assim a GVT Holding S/A se tornou subsidiária integral da VTB Participações S/A; o valor das ações foi igual ao custo de aquisição pela Vivendi S/A - a VTB registrou o ágio total de R\$5.741.272.823,68; aumentou seu capital social e as ações emitidas pela VTB foram atribuídas à Vivendi S/A, que se tornou acionista com 99,9999% de participação no capital da VTB.

7. Incorporação de ações da VTB Participações S/A detidas pela Vivendi, pela VCB Participações Ltda (domiciliada no Brasil), em 22/12/2011, que aumentou seu capital social e as novas quotas emitidas foram conferidas à Vivendi S/A;

8. Assim, a estrutura societária resultante passou a ter a seguinte configuração:

Vivendi S/A, na França - 99,9999% da VCB
VCB, no Brasil - 100% da VTB

VTB, no Brasil - 100% GVT Holding
GVT Holding, - 99,9621% GVT S/A

9. Cabe esclarecer que a VCB, alterou sua razão social para GVT Participações S/A.
10. Em 09/2013, com a incorporação, pela GVT S/A (Autuada), da GVT Holding S/A, que havia incorporado a VTB Participações S/A, a Autuada passou a amortizar o ágio que havia sido formado nas aquisições:
- a. de 87,28% da GVT Holding S/A, pela Vivendi, no exterior e no Brasil;
 - b. de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB (capitalizada pela Vivendi), via OPA.

2 Ágio. Amortização.

11. Por refletir situação análoga, toma-se como parâmetro o Acórdão nº 9101-002.213, de 03/02/2016, da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidas.

12. Esclarece com muita precisão, ainda, no mesmo julgado do Acórdão nº 9101-002.213, de 03/02/2016, a Declaração de Voto do conselheiro André Mendes Moura, da qual se transcreve e comenta, inicialmente, o resumo que este apresentou, de que a verificação da amortização do ágio aborda três questões:

2.1.1 Questão 1. Se os fatos de amoldam à hipótese de incidência.

A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente no momento situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que possam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem decidiu adquirir um investimento com sobrepreço? A investidora originária.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuou aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a

pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, depois da pessoa jurídica D que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção envolvendo a pessoa jurídica D e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Trata-se de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

2.1.2 Questão 2. se foram cumpridos os requisitos de ordem formal

(...) se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, §3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

2.1.3 Questão 3. Se as condições do negócio atenderam os padrões normais do mercado.

(...) constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes

2.2 ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. QUESTÃO 1. SE OS FATOS DE AMOLDAM À HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

13. A seguir se transcreve o detalhamento das razões da Questão 1, apresentadas pelo conselheiro André Mendes Mora, do porquê de haver fatos que não se amoldam à hipótese de incidência do permissivo para se amortizar o ágio.

(...)

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

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

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo do IRPJ e da CSLL**.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁶⁷, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam a **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido. (Grifou-se.)

2.2.1 Ágio Resultante da aquisição de 87,28% da GVT Holding S/A, pela Vivendi, no exterior e no Brasil

14. A Vivendi, na aquisição de 31,08% das ações, de investidores no exterior (no caso, cabe destacar que se trata de compra e venda de ações de empresa no Brasil, porém realizada entre empresas ambas no exterior, não havendo razão para internalização do ágio, salvo o aproveitamento da dedutibilidade da respectiva amortização) e de 56,2% das ações, no mercado bursátil brasileiro, efetuou tais aquisições com ágio; tais ágios, foram desembolsados por empresa domiciliada no exterior (Vivendi).

15. A legislação brasileira somente autoriza a amortização em 60 meses, do ágio do investimento societário feito, quando a empresa investidora que efetuou a aquisição com ágio, incorporar ou for incorporada (numa incorporação reversa) pela empresa objeto do ágio, consumando-se a confusão patrimonial entre investidora e investida (além das demais condições que serão comentadas adiante, neste voto).

16. As operações societárias realizadas visaram trazer para o Brasil a possibilidade dessa amortização e todas foram efetuadas intragrupo, tratando-se todas as empresas envolvidas, de subsidiárias da Vivendi.

17. Mediante as mesmas, o ágio da empresa Vivendi, situada no exterior, foi transferido para as subsidiárias no Brasil, via aumentos de capital dessas subsidiárias, capitalizados pela Vivendi, com as ações adquiridas.

18. Incorporadas pela GVT S/A, esta passou a amortizar o ágio. Cite-se o TVF:

Utilização da "empresa veículo" VTB Participações SA visando exclusivamente à "nacionalização" do investimento e ao aproveitamento fiscal do ágio

19. Foi o caso das subsidiárias no Brasil da Vivendi, que não efetuaram o investimento, totalmente suportado pela Vivendi, no exterior.

20. Não ocorreu confusão patrimonial entre a investidora Vivendi, que fez a aquisição com ágio, no exterior (34,8% das ações) e no Brasil (56,2%) e a GVT Holding S/A, que incorporou as subsidiárias no Brasil, para as quais a Vivendi transferiu, mediante transformações societárias, o ágio incorrido no exterior, dado que a Vivendi (investidora) é domiciliada na França.

2.2.2 Ágio Resultante da aquisição de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB, via OPA

21. Verifica-se que, das operações de aquisição realizadas, somente a aquisição dos 12,72% da GVT Holding S/A, pela subsidiária VTB Participações S/A foi realizada com recursos da VTB, posteriormente incorporada.

22. Neste caso, é possível reconhecer a confusão patrimonial entre investidora e investida, em que pese a avaliação do texto transcrito, (parágrafo sublinhado e negrito, na citação precedente), dado que, no caso, o aporte financeiro efetuado pela Vivendi, na VTB Participações S/A, subsidiária no Brasil da Vivendi, resultou na capitalização da VTB com recursos pela Vivendi, ou seja, a VTB aumentou o capital, com recursos da sua controladora e utilizou-os na aquisição com ágio, das ações da GVT Holding S/A, de vendedores no País.

2.3 ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. QUESTÃO 2. SE FORAM CUMPRIDOS OS REQUISITOS DE ORDEM FORMAL.

23. O autuante consignou que:

(...) houve dois laudos que avaliaram a GVT (HOLDING) em épocas diferentes e para fins distintos.

O primeiro laudo foi elaborado em novembro/2009 por CALYON CRÉDIT AGRICOLE (fls. 1119 a 1320). Teve como finalidade subsidiar a VIVENDI SA na aquisição da GVT (HOLDING) por meio da compra de bloco de ações e/ou Oferta Pública de Aquisição, tal como as operações efetivamente levadas a cabo entre novembro/2009 e junho/2010 e já descritas no tópico 4.2.1 deste TVF. A recomendação tirada do "LAUDO CALYON" é de que se pagasse o valor igual ou superior a R\$ 53,00 por ação (vide Figura 12 a seguir). Considerando que foram pagos R\$ 7.670.896.024,81 pelas 136.863.791 ações, o valor médio efetivamente praticado naquelas operações ficou em R\$ 56,05/ação (vide Tabela 2).

(...)

O segundo laudo foi elaborado em dezembro/2011 por CAPITAL SOLUÇÕES (fls. 1321 a 1488), por ocasião da incorporação, pela VTB PARTICIPAÇÕES, das ações de emissão da GVT (HOLDING) até então detidas pela VIVENDI. Conforme consta nos itens 5.2 e 5.3 da ata da AGE da VTB PARTICIPAÇÕES realizada em 21 de dezembro de 2011 (fl. 743), bem como no item 2 do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (fls. 748 e 749), a Capital Soluções havia sido designada responsável pela avaliação da GVT (HOLDING) para fins da incorporação das ações. Portanto, o "LAUDO CAPITAL SOLUÇÕES" teve como finalidade atender ao disposto nos §§ 1º e 3º do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, in verbis: (...)

24. E concluiu que o Laudo Calyon, elaborado em 11/2009, pode atestar o fundamento do que denominou "ágio francês" nas aquisições de 31,8% pela Vivendi no exterior; 56,2% pela Vivendi no Brasil e 12,72% pela GVT no Brasil.

25. Quanto ao Laudo Capital Soluções, elaborado em 12/2011, quando das incorporações, concluiu o Autuante e demonstrou que, não se prestava à comprovação do ágio, pois elaborado posteriormente, e que tendo este Laudo avaliado as ações representativas de 87,28% do capital da GVT detidas pela Vivendi em R\$10,965 bilhões, mas quando da incorporação das ações pela VTB, o valor atribuído foi R\$6,658 bilhões, então: a incorporação se fez convenientemente pelo mesmo valor da aquisição a fim de que não houvesse ganho de capital tributável naquela operação; incorporação de ações foi uma transação realizada pela VIVENDI consigo mesma, ainda que por intermédio de suas subsidiárias, sem presença de terceiros independentes; não se presta para comprovar qualquer fato contábil registrado pelas empresas envolvidas na incorporação de ações, em especial o fundamento econômico do suposto ágio havido na operação.

26. Do exposto, cabe concluir em relação à QUESTÃO 2;

- a. Ágio Resultante da aquisição de 87,28% da GVT Holding S/A, pela Vivendi, no exterior e no Brasil, os requisitos não foram cumpridos, dada a avaliação quanto ao Laudo Capital Soluções, nas operações de incorporação de ações, pelas quais a Vivendo atribuiu as ações às suas subsidiárias no Brasil;
- b. Ágio Resultante da aquisição de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB, via OPA, o requisito foi cumprido pelo Laudo Calyon.
27. No que tange ao efetivo pagamento das aquisições, a fiscalização não negou que ocorreu.

2.4 ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. QUESTÃO 3. SE AS CONDIÇÕES DO NEGÓCIO ATENDERAM OS PADRÕES NORMAIS DO MERCADO.

28. Quanto às aquisições das ações terem se dado entre agentes independentes, não resta qualquer dúvida; no que tange às operações de incorporação de ações, estas se deram internamento, sendo as envolvidas todas subsidiárias da Vivendi.
- a. Ágio Resultante da aquisição de 87,28% da GVT Holding S/A, requisito cumprido apenas na primeira operação de aquisição das ações de terceiros;
- b. Ágio Resultante da aquisição de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB, requisito cumprido, pois as ações foram adquiridas pela VTB, de terceiros, em condições de livre concorrência.

2.5 SÍNTESE

29. Conclui-se que apenas o Ágio Resultante da aquisição de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB, via OPA, reúne condições para a amortização, nos termos da legislação pertinente.

3 Não vedação à dedução do ágio na apuração da CSLL.

30. Argumenta inexistir vedação legal à dedução do ágio para fins de apuração da CSLL e cita Acórdãos CARF; que somente o art. 50 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, passou a prever expressamente a aplicação também à CSLL das normas legais que tratam do ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura; portanto, até então, não havia disposição legal nesse sentido.
31. No que tange ao "Ágio Resultante da aquisição de 12,72% da GVT Holding S/A pela VTB, via OPA, que este voto julgou passível de dedução aplica-se ao lançamento decorrente de CSLL, o decidido em relação ao IRPJ.
32. Quanto ao "Ágio Resultante da aquisição de 87,28% da GVT Holding S/A, pela Vivendi, no exterior e no Brasil", que este voto julgou indedutível, por não preencher os requisitos para tanto; analisa-se, então, se a vedação também se estende à CSLL.
33. Cabe resumir as razões da DRJ/REC, com as quais a relatora concorda.

34. A Lei nº 8.981, de 1995, art. 57, determinou que se aplicam à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ; o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, estabeleceu a vedação, tanto para o IRPJ com para a CSLL, da dedução de despesas de amortização, com as mesmas exceções; o art. 75 da IN SRF nº 390, de 2004, que interpretou a legislação citada, estabeleceu expressamente o entendimento da Receita Federal, de que são extensíveis no sentido de que as disposições do Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

35. Cite-se também Acórdãos recentes da CSRF, que deixam claro que se aplicam à CSLL as regras aplicáveis ao IRPJ:

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE-

Data da Sessão 04/04/2018

Nº Acórdão 9101-003.543

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJAno-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável. (Grifou-se.)

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR

Data da Sessão 07/03/2018

Nº Acórdão 9101-003.466

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJAno-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Ainda que o ágio tenha sido criado em operação envolvendo terceiros independentes, se houver a transferência do ágio registrado na investidora originária para outra empresa, pertencente ao

mesmo grupo econômico, por meio de operações meramente contábeis e sem circulação de riqueza, não mais se torna possível o pretendido aproveitamento tributário do ágio.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razão que demande tratamento diferenciado, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE –

Data da Sessão 17/01/2018

Nº Acórdão 9101-003.371

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. A hipótese de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ÁGIO INTERNO. ÁGIO DE SI MESMO. INDEDUTIBILIDADE. Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio não só gerado internamente ao grupo econômico, mas surgido de participação societária na própria empresa que o amortiza, sem que tenha havido dispêndio efetivo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. EFEITOS NA CSLL. Estendem-se à apuração da CSLL os efeitos da glosa de despesas com amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura considerado indedutível.

36. Transcreve-se a seguir os argumentos contidos no Acórdão supra, da lavra da ilustre conselheira Adriana Gomes Rêgo.

Antes de se discutir acerca do alcance das normas que dizem com a determinação da base de cálculo da CSLL em relação à amortização do ágio por rentabilidade futura, tem-se, em primeiro lugar, que a constatação da artificialidade dos procedimentos destinados ao aproveitamento tributário do ágio

impede que se aceite, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL.

Além disso, acerta a Relatora do acórdão recorrido ao firmar interpretação no sentido de que a Lei nº 9.532, de 1997, repercute, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, trazendo as disposições da Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, que vão nesse sentido. Confira-se:

*Demais disso, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas **nos balanços correspondentes à apuração de lucro real**, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:*

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de

Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decretolei nº 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I-valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II- valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

(...)

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I- o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou

perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão; II o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio; (...)

Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532/97 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente restaria indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos, e ainda que se admitida sua fundamentação em rentabilidade futura.

37. Cabe ainda destacar a percepção da DRJ/REC, dado que a interessada impetrou mandado de segurança preventivo tendo o objetivo principal de ser reconhecido o "direito" de a fiscalizada deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, as despesas relativas à amortização fiscal do ágio pago pelo grupo Vivendi na aquisição da GVT. Foi proferida sentença denegando a segurança, sem pronunciamento definitivo quanto ao mencionado direito; posteriormente formalizou pedido de desistência da ação, que transitou em julgado em 28/10/2014 sem análise do mérito:

Ademais, ao contrário das alegações presentes nas impugnações, o próprio fiscalizado entendia ser extensível à CSLL o regramento quanto à dedutibilidade da amortização de ágio aplicado ao IRPJ, vez que, quando impetrou o MS nº 5012762- 97.2013.4.04.7003, afirmou no parágrafo 25 da inicial (fl. 922) que a dedução das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ somente pode ser feita quando respeitados os requisitos estabelecidos na legislação fiscal, e, mais adiante, no parágrafo 62, expressou quais seriam esses requisitos, sem estabelecer qualquer distinção para a CSLL:

38. Quanto ao invocado art. 50 da Lei nº art. 50 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, resultante da conversão da MP nº 627, de 11 de novembro de 2013 (art. 48), veio a dirimir a discussão, não significando que o entendimento da Fazenda Nacional, antes dessa medida provisória e posteriormente lei, fosse diferente, conforme os julgados citados, destacando-se que a determinação ali contida passou a vigorar a partir de 01/01/2015, eliminando qualquer dúvida, quanto à presente autuação relativa a fato gerador em 31/12/2015.

4 Responsabilidade solidária das sucessoras POP Internet Ltda e Telefônica Brasil S/A

39. As sucessoras apresentaram tanto impugnações como recursos voluntários, cujo teor foi a contestação à autuação. A responsabilização solidária não foi contestada.

Processo nº 10980.720029/2017-25
Acórdão n.º **1201-002.246**

S1-C2T1
Fl. 61

5 Conclusão.

Voto por DAR PARCIAL provimento ao Recurso Voluntário para afastar apenas a glosa do ágio oriundo da OPA (Oferta Pública de Aquisição).

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los