



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

Processo nº 16561.720016/2015-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.658 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2017
Matéria IRPJ - OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS
Recorrente CLARO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

Ementa:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE. A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE. TELECOMUNICAÇÕES. A criação da empresa veículo que tenha como o objetivo a economia tributária, por si só, não impede a amortização do ágio, desde que não tenha gerado um novo ágio. No presente caso, a reorganização societária envolvendo a criação de holding decorreu de uma exigência legal do próprio setor de Telecomunicações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência referente à amortização dos ágios indicados nos itens 3.2, 3.3 (somente quanto ao ágio 2 - nota promissória relativa à operação da Algar, SBCI e Sândalo), 3.4, 3.5, 4.1 e 4.4 do Termo de Verificação Fiscal, vencida a Conselheira Milene de Araújo Macedo que votou por negar provimento ao recurso. Os Conselheiros Ângelo Abrantes Nunes e Fernando Brasil de Oliveira Pinto votaram por dar provimento parcial em menor extensão, mantendo o lançamento em relação aos itens 3.3, 3.4 e 4.1 do Termo de Verificação Fiscal.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Ângelo Abrantes Nunes, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, José Eduardo Dornelas Souza, Milene de Araújo Macedo, Roberto Silva Junior e Bianca Felicia Rothschild.

Relatório

Por bem resumir a lide, adoto o relatório contido no Acórdão nº 16-56.458 proferido pela 1ª Turma da DRJ/POA (fls. 3712/3743):

Trata o presente processo de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1965/1978) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 1979/1988), reduzindo os saldos de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL em R\$ 174.909.831,07, tendo em vista a dedução, no ano-calendário de 2013, de ágios gerados por diversas reorganizações societárias ocorridas até o ano de 2005, fundados na perspectiva de rentabilidade futura.

Trata-se de continuação da ação fiscal que culminou com o processo administrativo nº 16561.720180/2014-38 e que tratou das glosas dos ágios deduzidos nos anos-calendário de 2009 a 2012.

Esta turma de julgamento, por meio do acórdão nº 10-55.987, de 21 de dezembro de 2015, julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, conforme ementa abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

IRPJ/CSLL - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO

A prática de atos simulados para obtenção de vantagem tributária ofendem os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia tributária e devem ser desconsiderados para fins tributários.

IRPJ/CSLL - MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO

É cabível o agravamento da multa de ofício quando os fatos apurados pela Autoridade Fiscal permitem identificar o intuito doloso do contribuinte de reduzir ou evitar o pagamento dos tributos devidos pela pessoa jurídica.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de folhas 1877 a 1963, os fatos e circunstâncias que motivaram as glosas são os mesmos tratados no referido processo, por isso foi repetido o mesmo teor do Termo de Verificação Fiscal anterior.

Sendo assim, em nome da celeridade processual, reproduz-se abaixo o mesmo relatório fiscal do processo anterior:

“Os ágios foram originalmente contabilizados nas empresas ATL – Telecom Leste S/A e na TESS S/A, incorporadas pelo contribuinte em 31/12/2005. Essas duas empresas foram adquiridas pelo grupo América Móvil (detentor da marca Claro no Brasil) em 2001.

Trata-se de ágio constituído a partir de diversas operações societárias, realizadas no contexto da aquisição de empresas de telecomunicações no Brasil pelo grupo mexicano América Móvil e na reorganização societária empreendida pelo grupo. Esta reorganização societária teria sido efetuada com o único objetivo de incorporação de empresas veículos para aproveitamento indevido de ágio gerado internamente.

O demonstrativo abaixo (fornecido pelo contribuinte), identifica a origem e valores dos ágios objeto da glosa:

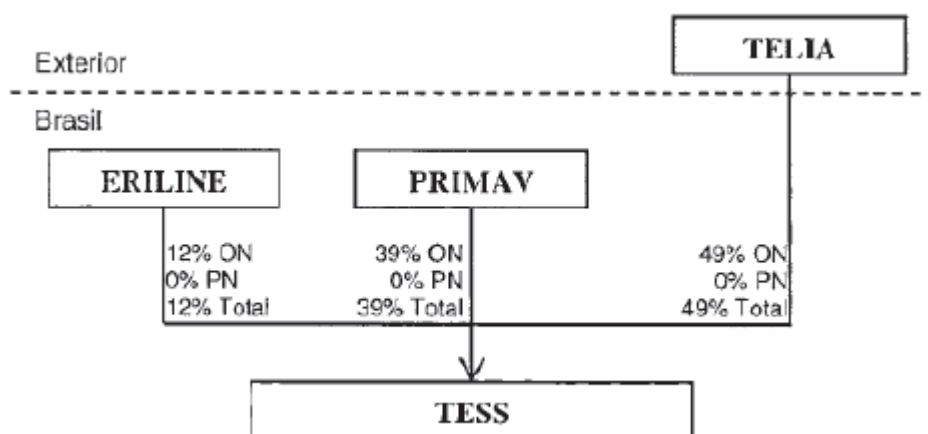
DESTINO	ORIGEM	DATA	ÁGIO CONTABILIZADO	ÁGIO FISCAL UTILIZADO
TESS	TELECOM AMÉRICAS BRASIL LTDA.(IPÊ PARTICIPAÇÕES)	09/04/2001	221.271.288,60	120.681404,99
TESS	TEL PARTICIPAÇÕES S.A.	12/03/2001	138.726.191,51	153.505.206,50
TESS	ERLINE CELULAR(Incorporada do Tel Investimentos S.A.	21/03/1996	47.166.932,68	49.283.136,72
TESS	IPÊ PARTICIPAÇÕES S.A.	28/10/2004	1.117.580.993,00	1.003.653.960,33
TESS	TEL PARTICIPAÇÕES(Riesling)	20/02/2001	18.064.617,00	-
TESS	TEL INVESTBL LTDA.(Riesling)	28/02/2001	60.076.672,99	-
TESS	ERLINE CELULAR S.A.(Riesling)		49.590.497,13	-
ATL	JOH REPRESENTAÇÕES LTDA.	23/03/1999	324.057.272,88	279.320.721,14
ATL	JOH REPRESENTAÇÕES LTDA.	30/09/2004	814.559.582,00	903.231.375,97
ATL	SÂNDALO PARTICIPAÇÕES S.A.	30/11/1999	6.488.000,00	6.487.574,93
ATL	SÂNDALO PARTICIPAÇÕES S.A.	30/09/2004	394.204.367,00	479.091.708,44
ATL	SICI BRASIL PARTICIPAÇÕES SA	29/12/1999	262.637.185,33	112.561.401,56
ATL	SÂNDALO PART.(SICI BRASIL PARTICIPAÇÕES)	29/12/1999	558.738.118,50	390.380.130,85
			4.013.161.719,52	3.498.196.621,43

- ORIGEM DOS ÁGIOS

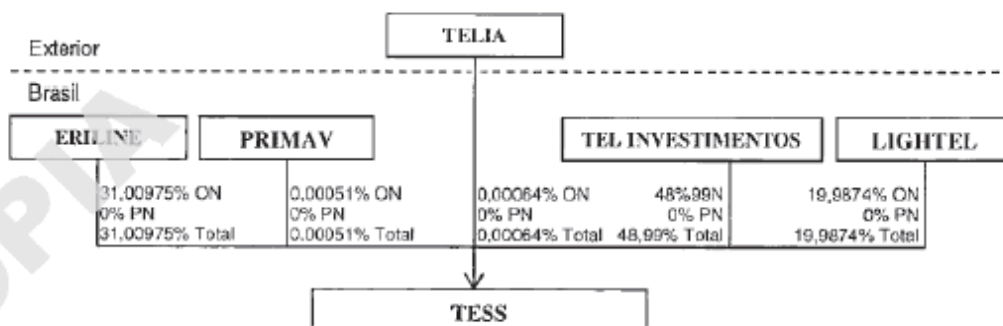
Com base no Anexo 1 – Descritivo das Operações (fls. 1830/1837), que integra a impugnação apresentada pelo contribuinte, é esclarecido na sequência a origem dos ágios, sendo:

- DA TESS S/A

- Foi constituída em 15/08/1997, com a seguinte composição societária:



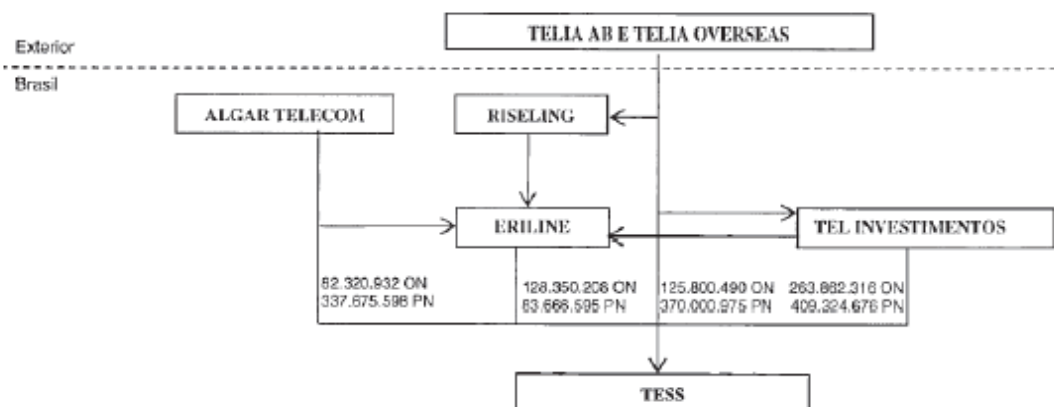
- Em março de 1998, foi firmado o Contrato de Concessão da TESS S/A. Em 06/04/1998, foi alterada a composição acionária em decorrência de aumento do capital subscrito pela Eriline e por novos acionistas, conforme abaixo:



- Em 15/01/1999, a TESS iniciou as operações.

- A denominação social da LIGHTTEL foi alterada para Algar Telecom S/A.

- Alterações societárias ocorridas entre 1999 e 2001 determinaram a seguinte composição societária:



- Em março de 1998, foi firmado o Contrato de Concessão da TESS S/A. Em 06/04/1998, foi alterada a composição acionária em decorrência de aumento do capital subscrito pela Eriline e por novos acionistas, conforme abaixo:

- Em 15/01/1999, a TESS iniciou as operações.

- A denominação social da LIGHTEL foi alterada para Algar Telecom S/A.

- Alterações societárias ocorridas entre 1999 e 2001 determinaram a seguinte composição societária:

- Em 14/02/2001, foi apresentado à ANATEL um pedido de anuência prévia para a operação de aquisição, por uma subsidiária da Telecom Américas Ltd. no Brasil, da totalidade das ações ordinárias de emissão da TESS detidas pela Algar Telecom S/A (anteriormente denominada Lightel) e da totalidade das ações preferenciais detidas pelos outros acionistas. A operação foi aprovada pela ANATEL em fevereiro de 2001, mas foi condicionada a (i) que o grupo Telecom Américas não adquirisse ações ordinárias que implicassem na redução da participação dos grupos Telia e Eriline a menos de 50% mais uma ação no capital social da TESS, (ii) que fosse mantida a supremacia dos grupos Telia e Eriline no Conselho de Administração e que a IPÊ não participasse do controle da TESS enquanto as operadoras em questão fossem regidas pela regulamentação do SMC.

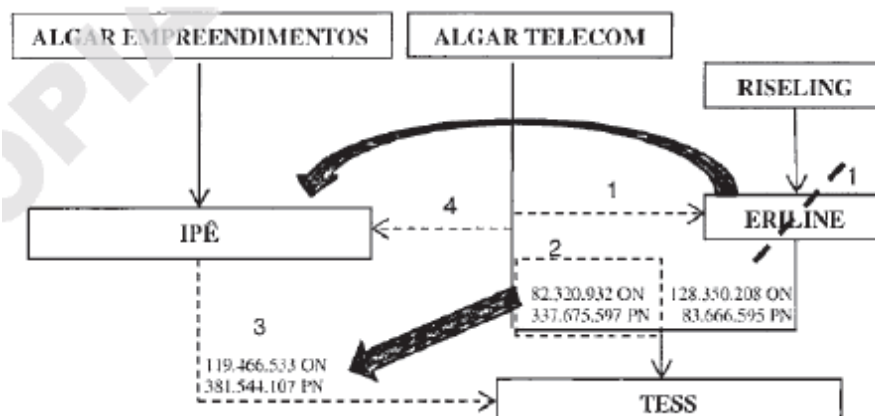
- ÁGIO IPÊ (AI 4.1)

- A IPÊ foi constituída em 2000, tendo como acionistas a Algar Empreendimentos (99,7%) e outras pessoas físicas.

- Em 28/02/2001, a Eriline foi cindida parcial desproporcional, com versão das parcelas cindidas para a IPÊ e para a Tel Participações.

- O acervo vertido para a IPÊ foi de 81.014.111 ações de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 50.639.112,00. O aumento de capital foi totalmente subscrito pela Algar Telecom. A Riseling Holdings Ltda. e demais acionistas da Eriline permaneceram como acionistas, respectivamente, da outra parcela cindida do patrimônio da Eriline e da parcela remanescente de seu patrimônio. Na sequência, a Algar Telecom conferiu ao capital social da IPÊ 82.320.932 ações ordinárias e 337.675.597 ações preferenciais de emissão da TESS que eram de sua propriedade.

Graficamente:

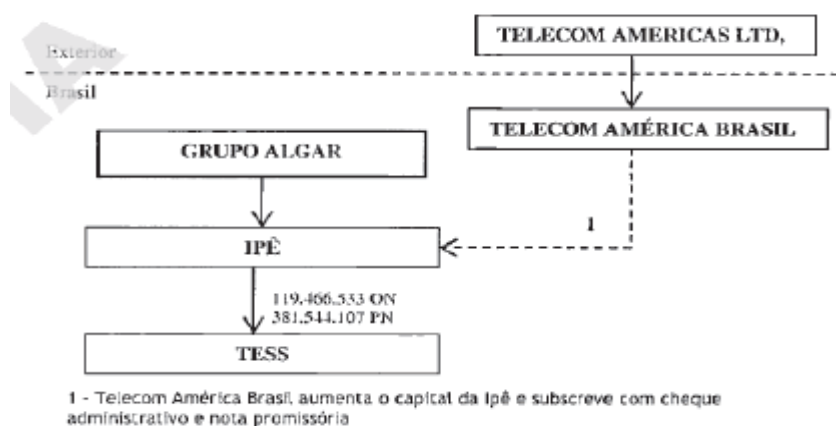


- 1 - Cisão Parcial desproporcional da Erilíne, com versão de 37.145.601 ONs e 43.868.510 PNs de emissão da Tess para a Ipê. Subscrição do aumento de capital da Ipê apenas pela Algar Telecom. Algar Telecom se retira do capital da Erilíne.
- 2 - Conferência de 82.320.932 ONs e 337.675.597 PNs de emissão da Tess então detidas pela Algar ao capital da Ipê. Subscrição do aumento de capital pela Algar Telecom. Algar deixa de ter investimento direto na Tess.
- 3 - Ipê passa a deter 119.466.533 e 381.526.107 PNs de emissão da Tess.
- 4 - Algar Telecom recebe ações de emissão da Ipê.

- Em 23/02/2001, foi constituída a Alfabeto Participações Ltda. e em 03/04/2001 a Telecom Americas Ltd. ingressou na sociedade, quando a denominação social foi alterada para Telecom Americas do Brasil Ltda. (TAB). Em 09/04/2001 foi aprovado um aumento de capital na TAB, no montante de R\$ 345.906,057,00 (em dinheiro) subscrito e integralizado pela Telecom Americas Ltd.

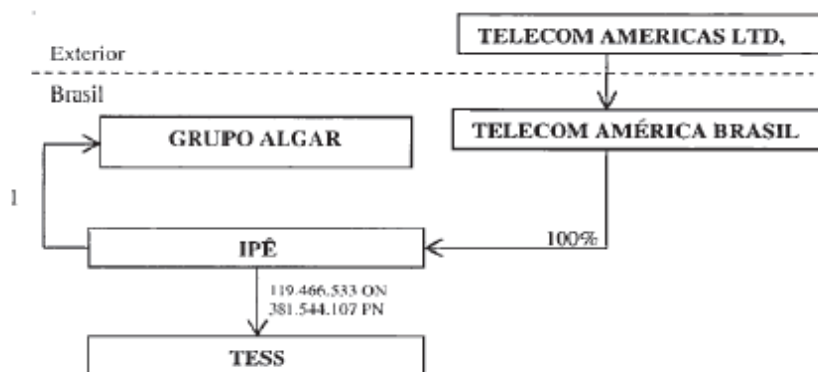
- Em 09/04/2001, a TAB ingressou como acionista da IPÊ mediante a subscrição de 501.010.640 ações ordinárias "B" pelo valor de R\$ 534.436.398,60, integralizados mediante a entrega à IPÊ de R\$ 344.592.609,30 em cheque e uma nota promissória de US\$ 87.805.434,00, correspondente a R\$ 189.843.789,30, emitida originalmente pela Telecom Americas Ltd. em favor da TAB, que foi endossada para a IPÊ. O valor de R\$ 313.165.110,00 foi destinado para capitalização e o montante remanescente de R\$ 220.271.288,60 (posteriormente retificado para R\$ 221.271.288,60) à formação da conta reserva de ágio para futura capitalização. Desse valor, foi utilizado o montante de R\$ 120.681.404,99 para fins fiscais.

Graficamente:

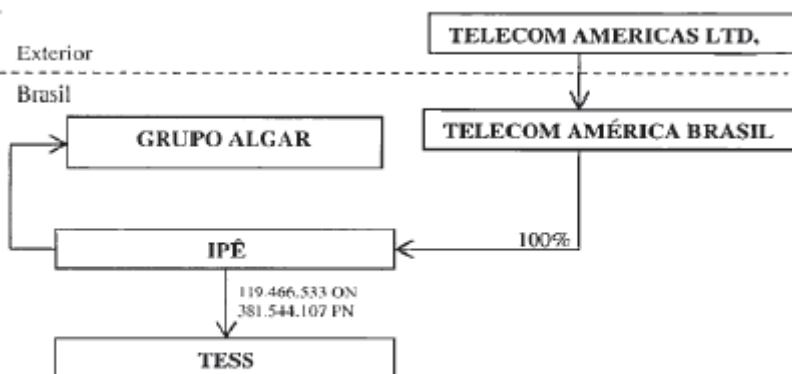


- Depois dessa operação, o capital da IPÊ foi reduzido e a Algar Telecom (antiga Lightel) se retirou da sociedade, recebendo como pagamento dinheiro e a nota promissória de US\$ 87.805.434,00.

Graficamente:



1 - Resgate das ações detidas pela Algar Empreendimentos e Algar Telecom. Grupo Algar se retira do capital da Ipê.



1 - Resgate das ações detidas pela Algar Empreendimentos e Algar Telecom. Grupo Algar se retira do capital da Ipê.

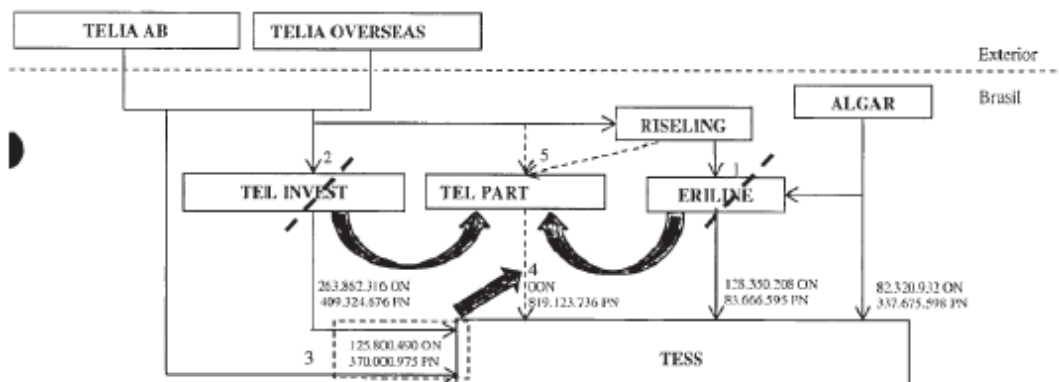
- ÁGIO TEL PARTICIPAÇÕES (AI 4.2)

- Em 28/02/2001, com a cisão parcial e desproporcional da Eriline e versão das parcelas cindidas para a IPÊ e para a Tel Participações. O Acervo líquido vertido para a Tel Participações foi de 39.798.085 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas e R\$ 24.876.403,00, tendo sido, por consequência, aprovado o aumento de capital da Tel Participações, mediante a emissão de 24.876.403 ações ordinárias, pelo valor de R\$ 24.876.403,00, subscritas exclusivamente pela Riseling e integralizadas com o acervo Cindido da Eriline.

- Na sequência, a Tel Investimentos foi cindida parcialmente com a versão da parcela cindida para a Tel Participações, constituindo-se de 409.324,676 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 255.854.666,00, conforme laudo de cisão. Em razão disso, foi aprovado o aumento do capital da Tel Participações em 255.854.666 ações ordinárias, no valor total de R\$ 255.854.666,00. Sendo, 121.908.994 da acionista Telia AB e 133.945.672 da Telia AB Overseas, equivalentes às cotas detidas por esses acionistas na Tel investimentos.

- Posteriormente, foi aprovado um novo aumento de capital na Tel Participações mediante a emissão de 370.000.975 ações ordinárias, ao valor de R\$ 370.000.975,00, subscritas e integralizadas por Telia AB (222.000.000 ações com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS) e Telia AB Overseas (148.000.975 ações, também, com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS).

Graficamente:

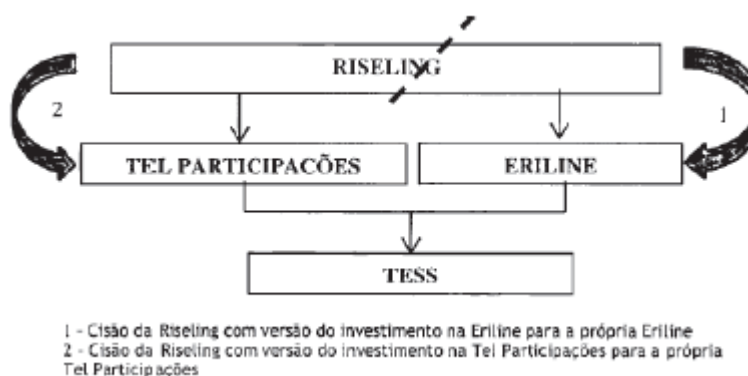


- 1 - Cisão Parcial desproporcional da Eriline, com versão de 39.798.085 PNs de emissão da TESS para a Tel Participações. Subscrição do aumento de capital da Tel Participações, apenas pela Riseling recebe ações da TEL PARTICIPAÇÕES.
 2 - Cisão Parcial da Tel Investimentos com transferência de 409.324.676 PNs de emissão da TESS para a Tel Participações. Telia AB e Telia Overseas (acionistas da Tel Investimentos) recebem ações da Tel Participações.
 3 - Conferência de 370.000.975 PNs de emissão da TESS para a Tel Participações.
 4 - Tel Participações passa a deter ações preferenciais de emissão da TESS.
 5 - Riseling, Telia AB e Telia Overseas recebem ações de emissão da Tel Part

- Em decorrência dessas operações, a Tel Participações teve um aumento total de seu capital de R\$ 650.732.044,00, subscrito e integralizado por Riseling, Telia AB e Telia AB Overseas mediante a conferência direta e indireta de 819.123.736 ações preferenciais de emissão da TESS. Como consequência, a Tel Participações registrou um ágio de R\$ 138.726.191,00, depois alterado para R\$ 153.505.206,50, valor que foi utilizado para fins fiscais.

- Em 01/03/2001, a Riseling, que possuía investimentos na Tel Participações e na Eriline, foi cindida, sendo a parcela referente ao investimento na Tel Participações vertida para a própria Tel Participações e a parcela referente ao investimento na Eriline vertida para a própria Eriline.

Graficamente:

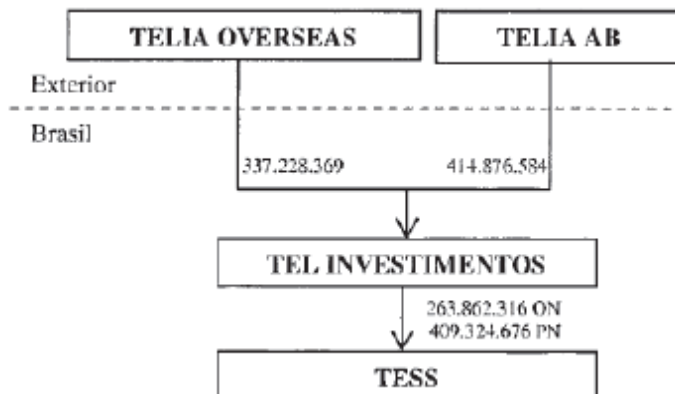


Esta operação não registrou ágio passível de aproveitamento para fins fiscais.

-Por fim, o grupo Telecom Americas adquiriu as ações de emissão da Tel Participações.

- ÁGIO TEL INVESTIMENTOS (Eriline Celular) (AI 4.3)

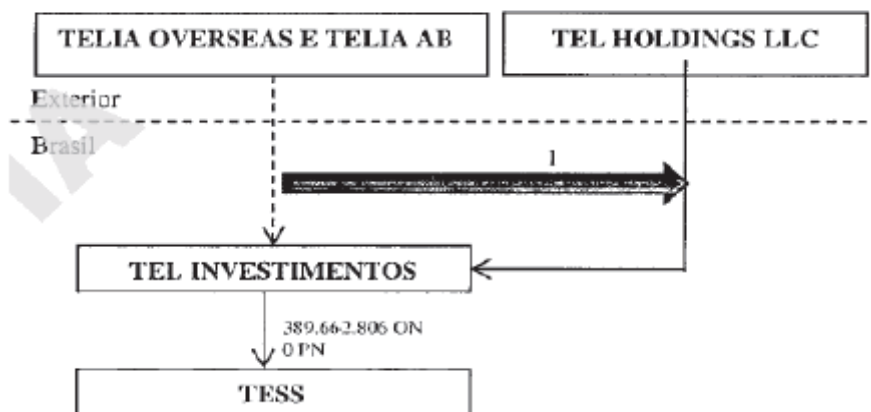
- A Tel Investimentos, antes do ingresso do grupo Telecom Américas na TESS, possuía a seguinte estrutura societária:



- Em 28/02/2001, foi aumentado o capital social da Tel Investimentos mediante a emissão de 75.480.000 e 50.320.490 novas quotas, subscritas e integralizadas pela Telia AB e Telia Overseas mediante a conferência de 75.480.000 e 50.320.490 ações ordinárias de emissão da TESS por elas detidas, nos valores de R\$ 75.480.000,00 e R\$ 50.320.490,00, respectivamente. Foi registrado um ágio de R\$ 47.166.932,68, fundado na expectativa de rentabilidade futura. Posteriormente, o ágio foi alterado para R\$ 49.283.136,72, valor este utilizado para fins fiscais.

- Em 03/04/2001, as cotas de emissão da Tel investimentos, detidas pela Telia AB e Telia Overseas foram transferidas para a Tel Holdings, que passou a ser a controladora da sociedade e, com isso, da própria TESS.

Graficamente:



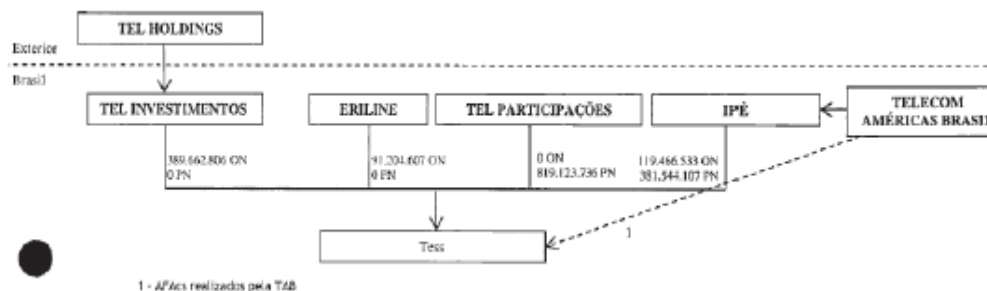
1 - Telia Overseas e Telia AB transferem sua participação na Tel Investimentos para a Tel Holdings

- Com essa operação o grupo América Móvil ingressou como acionista minoritário na TESS.

- Em razão das restrições regulatórias do sistema de telecomunicações, o que impedia o grupo Telecom Americas Ltd. exercer o controle da TESS, ainda que indiretamente, foram feitos AFACs (no total de R\$ 2.020.528.914,00 entre

26/03/2002 e 30/03/2004) para permitir a capitalização da TESS por meio da holding Telecom América Brasil (TAB). Os contratos de AFACs previam que o capital seria convertido em ações da TESS, mediante notificação da TAB, tão logo fosse permitida a transferência do controle da TESS.

- Graficamente, a estrutura da TESS passou a ser a seguinte:



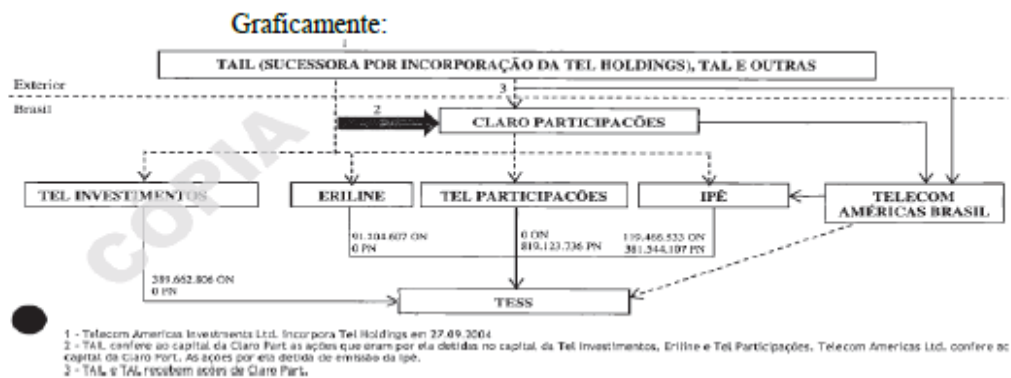
- Em 13/11/2003, a ANATEL concedeu anuência prévia para aquisição do controle da TESS pela Telecom Américas e em 28/10/2004 a TAB exerceu a opção de Capitalizar os AFACs. Foram subscritas e integralizadas 2.020.528.914 ações de emissão da TESS. Nessa operação a TAB contabilizou um ágio de R\$ 1.117.580.993,00, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, tendo utilizado o montante de R\$ 1.003.653.960,33.

- Em 27/09/2004, a Tel Holdings foi incorporada pela Telecom Americas Investments Ltd. (TAIL)

- Em 26/10/2004, a TAIL conferiu suas ações de emissão da Tel Investimentos, da Tel Participações e da Eriline ao capital da Claro Participações. Consequentemente, a TAIL subscreu novas ações emitidas pela Claro Participações e a Claro participações passou a ser a nova sócia dessas sociedades.

- Em 28/10/2004, a Telecom Americas Ltd. confere à Claro Participações as ações de emissão da IPÊ, por ela detidas.

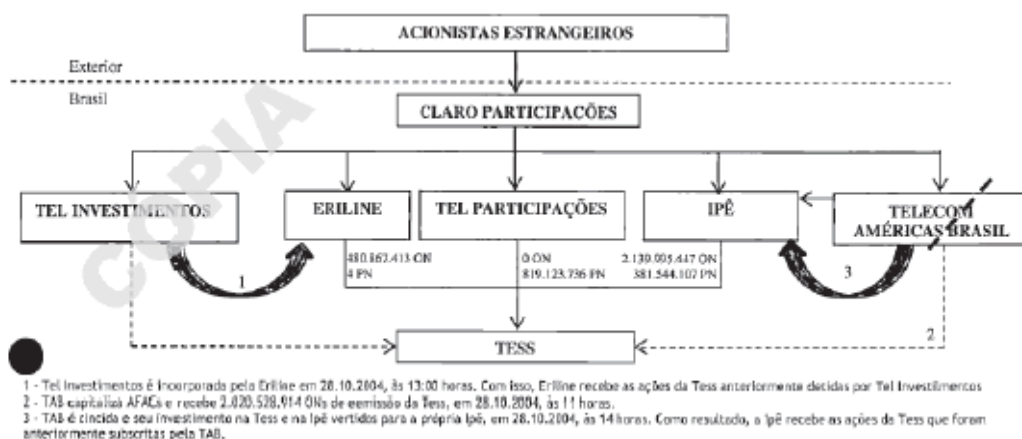
Graficamente:



- Ainda, em 28/10/2004, logo depois da TAB exercer a opção de Capitalizar os AFACs na TESS, a TAB foi totalmente cindida, sendo parte de seu patrimônio

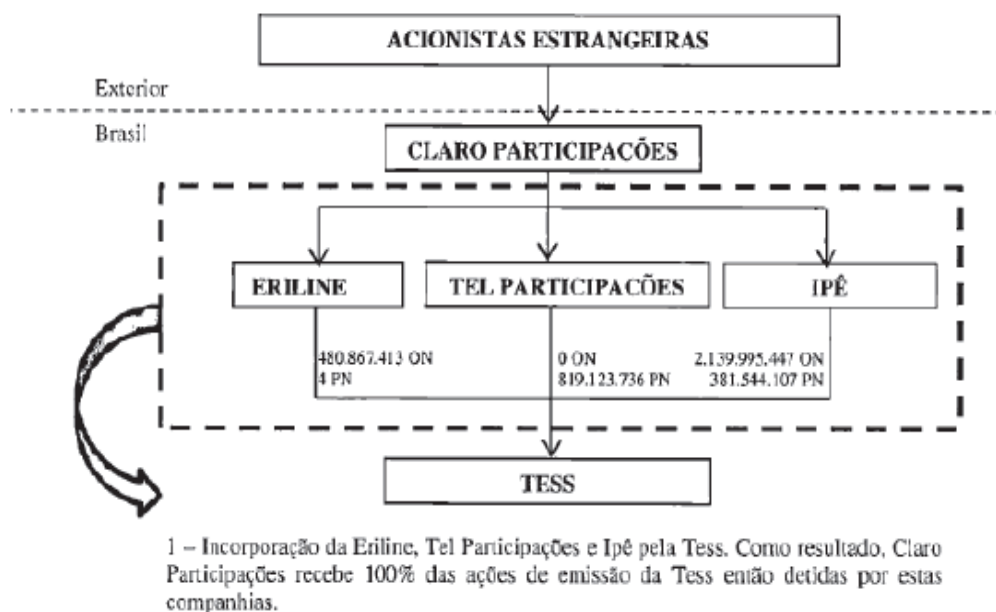
vertido para a Claro Participações e parte vertido para a IPÊ (aí incluído o investimento realizado pela TAB na TESS e na própria IPÊ).

Graficamente:



Em 29/10/2004, a Eriline, a TEL Participações e a IPÊ foram incorporadas pela TESS.

Graficamente:



- Em 31/12/2005, a TESS foi incorporada pela Claro (à época denominada BCP), concluindo o processo de reorganização dos investimentos da Telecom Américas Brasil.

- DA ATL – ALGAR TELECOM LESTE

A ATL Algar Telecom Leste S/A era uma sociedade anônima de capital aberto, constituída em 26/03/1998 pelas empresas Lightel S/A Tecnologia da

Informação (empresa do grupo Algar), SK Telecom International inc. (anteriormente denominada Korea Mobili Telecom International Inc.) e Construtora Queiroz Galvão S/A.

Em 15/01/1999, iniciou suas operações de exploração de telefonia móvel celular banda B para a área de concessão 3, RJ e ES.

Em 03/03/1999, foi constituída a Johi Participações, tendo como sócios os senhores José Inácio Pereira e Hilo Martins dos Santos.

Em 23/03/1999, a Lightel S/A (Algar Telecom) adquiriu as cotas da Johi.

- ÁGIO - JOHI (AI 3.1 e 3.2)

Em 23/03/1999, foi aprovado um aumento de capital da Johi em R\$ 500.850.000,00, mediante a emissão de 500.850.000 novas ações totalmente subscritas pela Lightel com a conferência de 4.971.050 ações da ATL, sendo 899.523 ações ordinárias e 4.071.527 ações preferenciais.

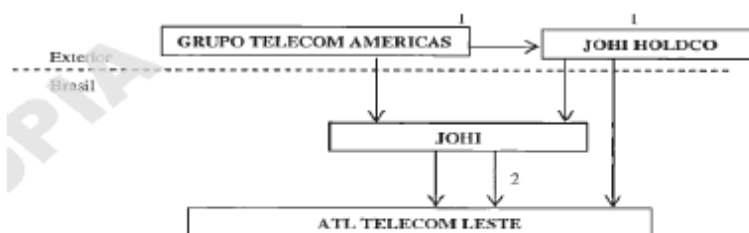
- Em decorrência dessa operação, a Johi registrou em sua contabilidade um ágio de R\$ 324.057.272,88, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura. Foi utilizado o montante de R\$ 279.320.721,14 para fins fiscais.

- Em 26/03/1999, os sócios Aristeu da Silva Grillo e Lightel se retiraram do quadro societário da Johi por meio da transferência de suas cotas a Williams International Telecom Limited e Williams International ATL Limited.

- Em 24/03/2000, a Johi fez o aporte de R\$ 259.096.500,00 na ATL a título de AFAC.

- Em 24/08/2001, a Johi Holdco (nova denominação da Williams ATL, controladora da Johi) e a própria Johi foram adquiridas pela AM Latin América LLC (AMLA). Nesta data a Williams International Telecom Limited transferiu sua quota à AMLA, que ingressou no quadro societário da Johi como sócia minoritária, posteriormente essa cota foi transferida para a Telecom Americas.

- Dessa forma, em 24/08/2001, o grupo América Móvil se tornou controlador da Johi com a seguinte composição societária, conforme abaixo:



1 - Em 24.08.01, Johi Holdco (nova denominação da Williams ATL) e a Johi representações foram adquiridas pela AM Latin America.
2 - Johi realiza AFACs na ATL Telecom Leste.
3 - Em 13.05.2002, TAL ingressa na Johi.

- A Johi continuou a realizar investimentos na ATL por meio de AFACs no período de 13/06/2002 a 15/07/2004.

- Em 30/09/2004, depois que a ANATEL aprovou a transferência do controle da ATL, a Johi exerceu a opção de capitalizar os AFACs de R\$ 1.681.140.600,00.

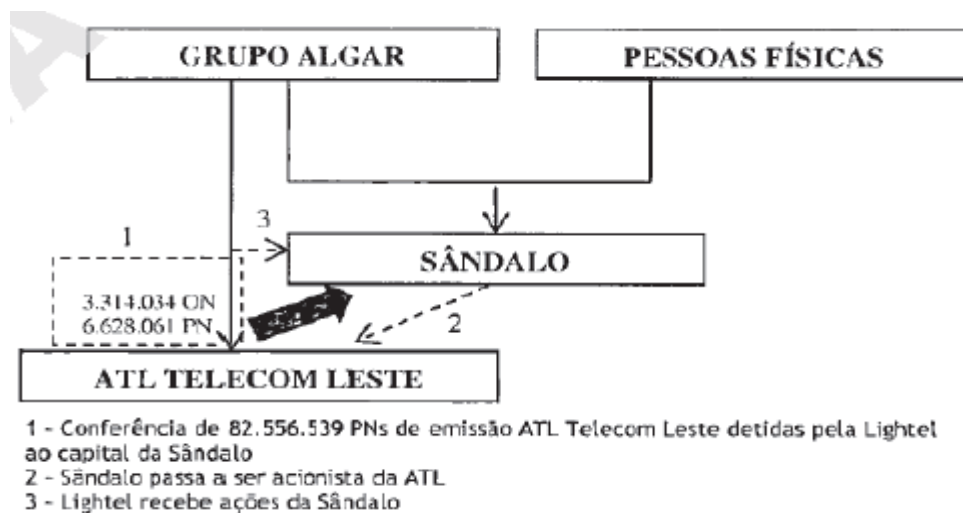
- A conversão foi aprovada em AGE, mediante aumento do capital social da Companhia com a utilização dos AFACs da Johi e da Sândalo. Foi registrado

contabilmente o ágio de R\$ 814.559.582,00, fundamentado na expectativa de resultado futuro. Posteriormente foi constatado que o valor do ágio correspondia a R\$ 903.231.375,97. Este valor foi utilizado para fins fiscais.

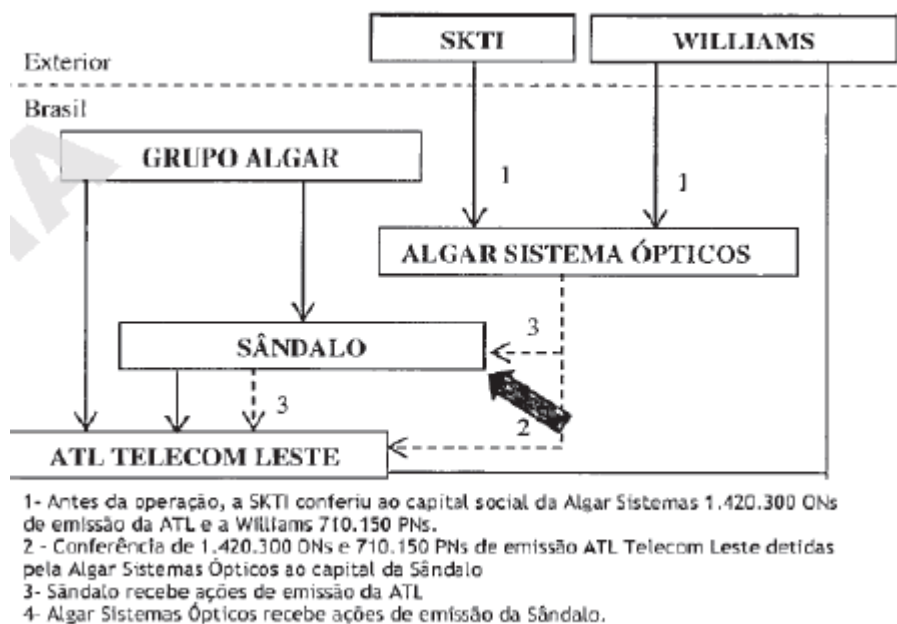
- ÁGIO SÂNDALO (AI 3.3)

- A Sândalo foi constituída em 18/06/1999, tendo como sócios a Algar S/A – Empreendimentos e Participações, Dílson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha.

- Em 18/12/1999, foi aprovado um aumento de capital da Sândalo em R\$ 44.667.000,00, por meio da emissão de 1.559.000 novas ações, subscritas e integralizadas pela Algar Telecom através da conferência ao capital social da Sândalo de 82.556.539 ações preferenciais de emissão da ATL. Tal operação gerou um ágio de R\$ 6.488.000,00, sendo utilizado para fins fiscais o montante de R\$ 6.487.574,93. Gráficamente:

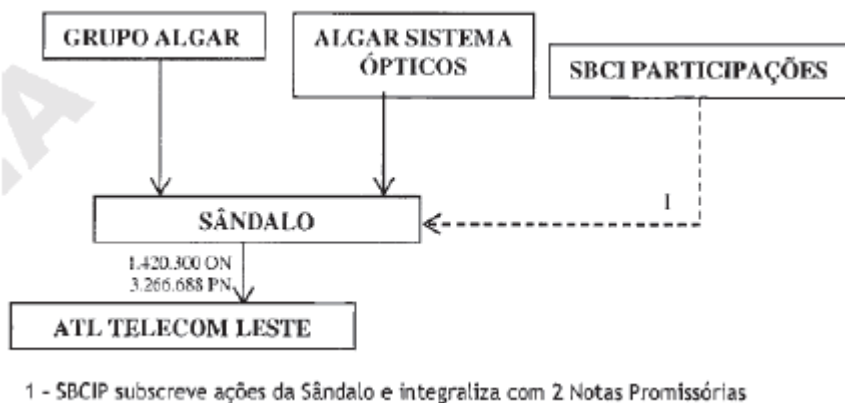


Ainda em 18/12/1999, foi aprovado novo aumento de capital social da Sândalo de R\$ 31.816.200,00, através da emissão de 2.150.000 novas ações, subscritas e integralizadas pela Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. por meio da conferência ao capital social da Sândalo de 1.420.300 ações ordinárias e 710.150 ações preferenciais de emissão da ATL. Gráficamente:



- A Algar Sistemas Ópticos foi constituída em 04/08/1999, tendo como cotistas Algar Telecom, Nelson Cascelli Reis e Geraldo Batista Caetano. Em 30/11/1999, esses cotistas se retiraram da sociedade, ingressando as empresas SKTI-US LLC e Williams International ATL Ltd. (posteriormente denominada Johi Holdco). Em 17/12/1999, estas companhias aumentaram o capital da sociedade com ações da ATL. Em 24/08/2001, a SKTI-US LLC se retirou da sociedade, sendo substituída pela AMLA.

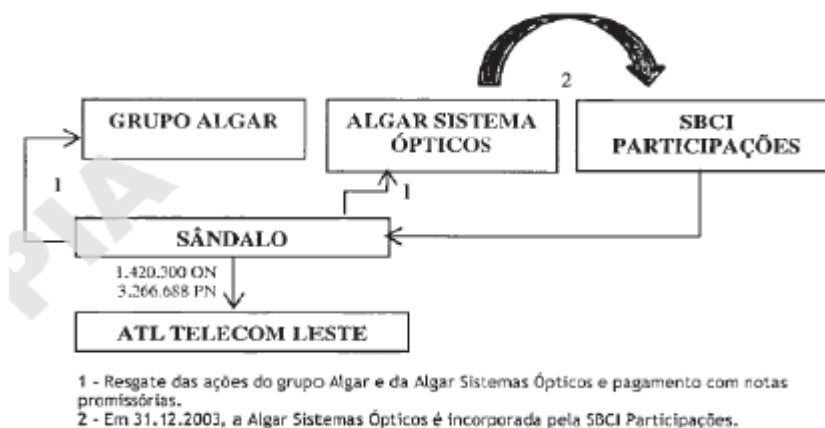
- Em 29/12/1999, foi aprovado novo aumento de capital da Sândalo, o qual foi integralmente subscrito e integralizado pela SBCI Brasil Participações Ltda. (SBCI Participações), no montante de R\$ 591.723.238,50, mediante a entrega à Sândalo de duas notas promissórias nos valores de R\$ 322.759.311,17 e R\$ 268.963.927,33. Essa operação originou o ágio de R\$ 558.738.118,50, sendo utilizado para fins fiscais o montante de R\$ 390.380.130,85. Graficamente:



- A SBCI Participações foi constituída em 02/12/1999, sob a denominação original de AOSA Participações Ltda. Em 10/12/1999, a SBCI Brasil (empresa da Telecom Américas) ingressou na sociedade.

- Em 30/12/1999, foram resgatadas as ações ordinárias e preferenciais detidas pelas empresas Lightel e Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. e a redução do capital mediante a restituição de suas respectivas ações. Nesse momento, portanto, o grupo mineiro da Algar se retirou da sociedade. Anota promissória de R\$ 322.759.311,17 foi utilizada para o pagamento da Lightel.

- A nota promissória de R\$ 268.963.927,33 foi endossada para a Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. e se extinguiu por confusão no momento em que esta foi incorporada pela SBCI Participações em 31/12/2003. Gráficamente:



- Com a incorporação da Algar Administradora de Sistemas Ópticos, a AMLA e a Johi Holdco (então acionistas da Algar Administradora de Sistemas Ópticos), ingressaram na sociedade.

- Em 24/03/2000, a Sândalo celebrou contrato de AFAC com a ATL, comprometendo-se a realizar o aporte de R\$ 259.096.500,00 até o dia 31/03/2000.

- Em 31/03/2000, foi deliberado o aumento do capital da Sândalo, no valor de R\$ 260.084.942,88, integralizado por SBC international – Brazil Holding Ltd. e pela Telmex Wireless Brazil LLC.

- Em 31/03/2000, a SBC International – Brazil Holding Ltd. e Telmex Wireless Brazil LLC promoveram o aumento do capital social da SBCI Participações, integralizando-o com as ações que haviam sido subscritas da Sândalo, saindo do quadro societário desta, e substituídas pela SBCI Participações.

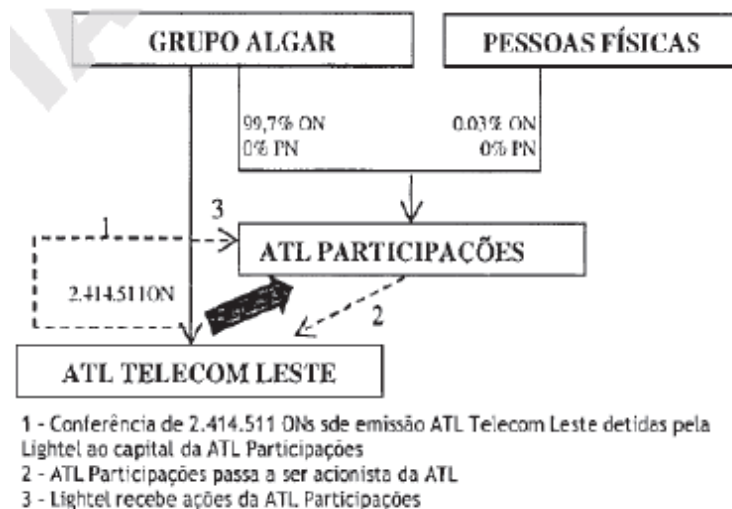
- Em 29/03/2001, a ATL e a Sândalo celebraram novo contrato de AFAC, no valor de R\$ 632.613.419,01.

- Em 30/09/2004, depois da aprovação da ANATEL para a transferência do controle da ATL, a Sândalo exerceu a opção de capitalizar o AFAC de R\$ 891.710.080,00, subscrevendo e integralizando 22.292.752 ações da ATL. Em decorrência, registrou um ágio de R\$ 394.204.367,00. Posteriormente verificou que o ágio era R\$ 479.091.708,44, que foi utilizado para fins fiscais.

-ÁGIO SBCI PARTICIPAÇÕES

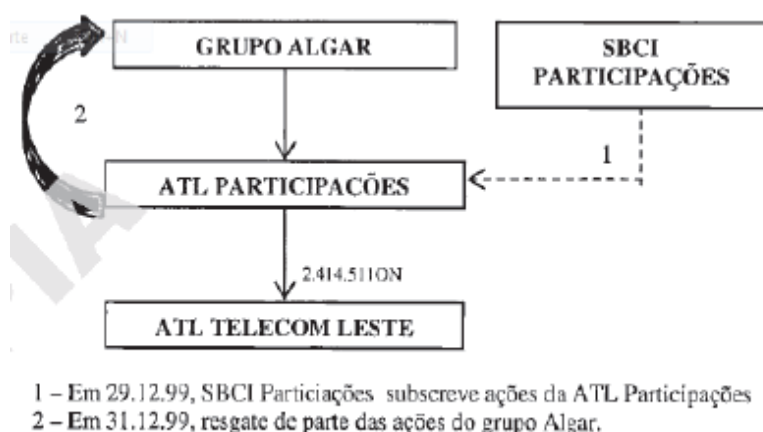
- Em 30/11/1999, foi constituída a Algar Telecom Participações S/A (ATL Participações), tendo como sócios a Algar S/A Empreendimentos e Participações, Dilson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha. Em 18/12/1999, foi aprovado aumento de capital da Algar Telecom Participações com a

emissão de novas ações, subscritas e integralizadas pela Algar Telecom S/A (anteriormente Lighttel) com a conferência de 2.414.511 ações ordinárias de emissão da ATL. Graficamente:



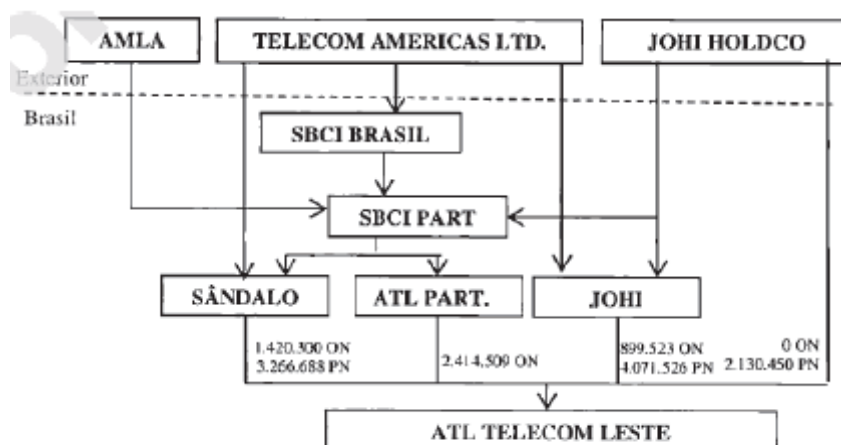
- Em 29/12/1999, foi deliberado novo aumento de capital da ATL Participações, através da emissão de 1.810.883 novas ações (ordinárias e preferenciais) ao preço de R\$ 228.621.936,70, subscritas pela SBCI Participações e integralizadas mediante a entrega de nota promissória nesse valor. Essa operação resultou em um ágio de R\$ 196.982.436,70, do qual foi utilizado o montante de R\$ 112.561.401,56.

- Posteriormente, foi deliberado o resgate de parte das ações ordinárias classe A detidas pelas empresas Lighttel e a redução do capital mediante a restituição de suas respectivas ações. A nota promissória foi utilizada para o pagamento da Lighttel. Graficamente:



REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DA ATL

- Em 13/11/2003, a ANATEL concedeu anuência prévia para a aquisição do controle da ATL pela Telecom Américas. Com isso, a SBCI Participações adquiriu o controle da ATL Participações, em decorrência da ATL. Graficamente, a estrutura do Grupo América Móvil no Brasil passou a ser a seguinte:



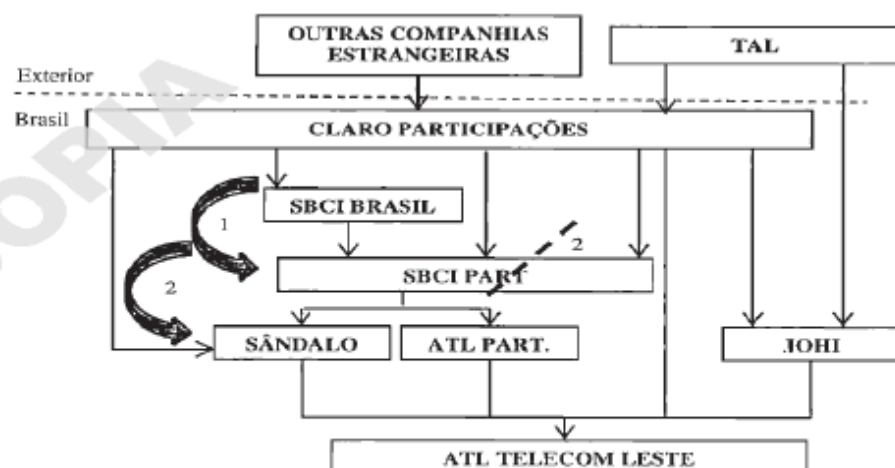
- Em 30/09/2004, a Johi e a Sândalo exerceram a opção de converter em capital os AFACs então realizados na ATL.

- Em 26/10/2004, (a) a AMLA conferiu suas ações de emissão da SBCI Participações ao capital da Claro Participações; (b) a Johi Holdco conferiu suas ações de emissão da Johi Representações, da ATL e da SBCI Participações ao capital da Claro Participações e (c) a Telecom Américas Ltd. conferiu suas ações de emissão da SBCI Brasil e da Johi ao capital da Claro Participações.

- Como resultado dessas operações (a) a AMLA, a TAL e a Johi Holdco subscreveram ações que foram emitidas pela Claro Participações e (b) a Claro Participações recebeu ações de emissão da SBCI Brasil (totalidade), SBCI Participações (totalidade, exceto pela parcela que permaneceu com a SBCI Brasil) Sândalo (totalidade, menos parcela que era detida pela SBCI Participações) e Johi (totalidade, exceto parcela que permaneceu com a Telecom Americas Ltd. Graficamente:

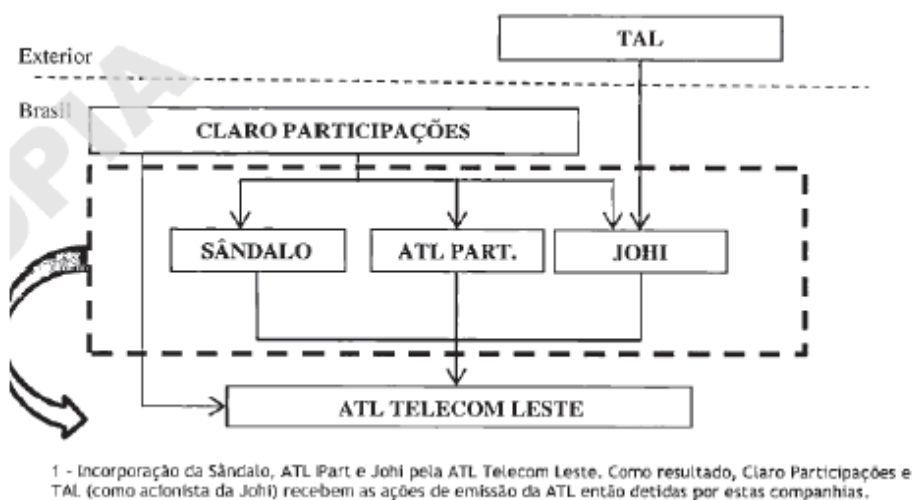
- Em 26/10/2004, a SBCI Brasil foi incorporada pela SBCI Participações. Em razão disso, a Claro Participações passou a figurar como única sócia da SBCI Brasil.

- Em 27/10/2004, a SBCI Participações foi cindida, sendo parte de seu patrimônio (investimento na Sândalo) vertido para a própria Sândalo e a outra parte (investimento na ATL Participações) vertido para a própria ATL Participações. Em razão dessas operações a Claro Participações passou a ser a única acionista da Sândalo e da ATL Participações. Graficamente:



1 - Em 27.10.04, SBCI é incorporada pela SBCI Part. A Claro Part, como única acionista da SBCI Brasil, recebe as ações por ela detidas na SBCI Participações.
2 - Ainda em 27.10.04, a SBCI Part é cindida, sendo o investimento detido na Sândalo incorporado pela Sândalo, e o investimento detido na ATL Part incorporado pela ATL Part. A Claro Participações recebe as ações da ATL Part e da Sândalo.

- Em 29/10/2004, a Sândalo, a ATL Participações e a Johi foram incorporadas pela ATL – Telecom Leste S.A. As ações de emissão da ATL detidas pelas companhias incorporadas foram transferidas aos seus respectivos acionistas (para a Claro Participações nos casos da ATL Participações e da Sândalo e para Claro Participações e Telecom Americas Ltd. no caso da Johi). Graficamente:



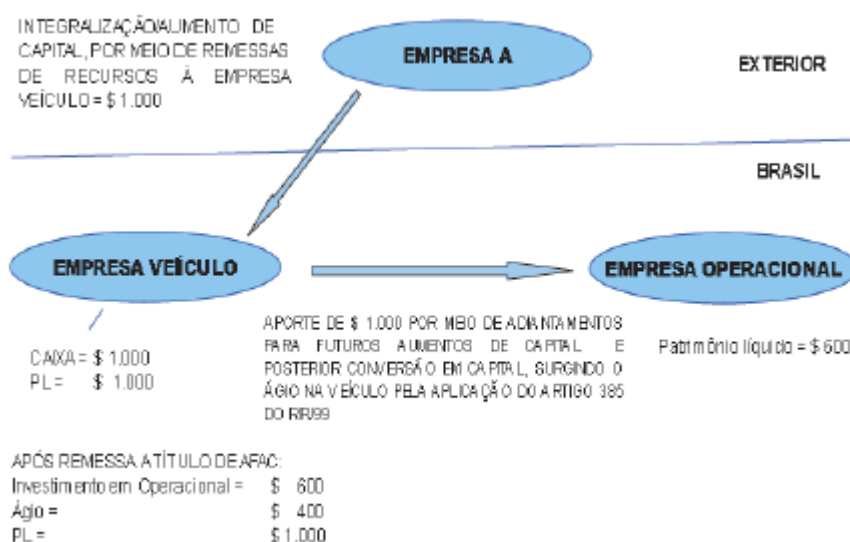
1 - Incorporação da Sândalo, ATL Part e Johi pela ATL Telecom Leste. Como resultado, Claro Participações e TAL (como acionista da Johi) recebem as ações de emissão da ATL então detidas por estas companhias.

- A estrutura da ATL passou a ser a seguinte:



- Em 31/12/2005, foi concluído o processo de reorganização dos investimentos da Telecom Américas, com a ATL sendo incorporada pela Claro S/A, denominada à época de BCP S/A.

O autuante sintetiza as operações, exemplificando hipoteticamente a situação da seguinte forma:

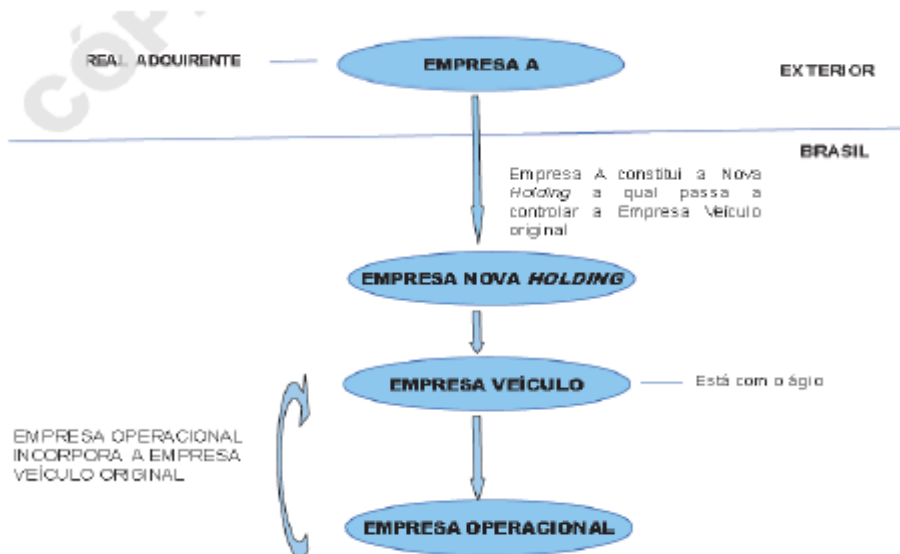


Nessa situação ficaria evidente que o real adquirente da participação societária na empresa operacional é a empresa A, sediada no exterior. Num momento posterior a empresa operacional incorporaria a empresa veículo (holding), herdando seu próprio ágio. Nessa situação a empresa sediada no exterior passaria a controlar diretamente a empresa operacional no Brasil, situação esta vedada pela legislação brasileira de telecomunicações, que não permite que empresas estrangeiras possuam o controle direto de empresas nacionais que detenham concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações.

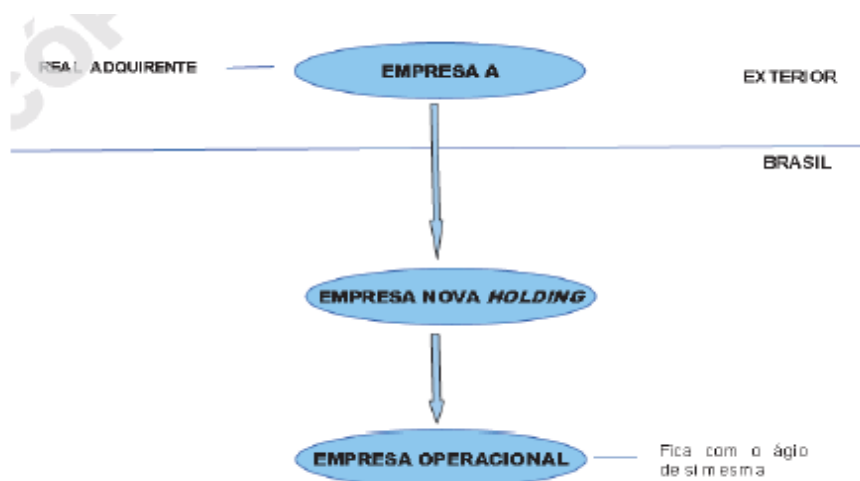
Nesse caso, o ágio contabilizado na empresa veículo não seria passível de aproveitamento tributariamente.

A solução encontrada foi a constituição de mais uma *holding* no Brasil para controlar diretamente a empresa veículo. Ato contínuo, a empresa operacional incorpora a empresa veículo original e passa a aproveitar tributariamente o ágio dela mesma que estava contabilizado na empresa veículo. O real adquirente continua sendo a empresa A, sediada no exterior.

Graficamente:



Depois da incorporação da empresa veículo pela empresa operacional (incorporação reversa) a situação passa a ser a seguinte:



O autuante afirma que a legislação brasileira permite que o ágio seja aproveitado tributariamente quando ele (a) fizer parte do custo para cálculo do ganho de capital na alienação da participação societária avaliada pelo PL, art. 426, do RIR/99, e (b) nos casos de absorção do patrimônio de outra pessoa jurídica, por incorporação, fusão ou cisão, art. nº 386, do RIR/99. Entretanto, afirma que no caso presente a incorporação da empresa veículo teve como único propósito aproveitar o ágio tributariamente sem, contudo, atender a condição básica prevista no art. 386 do RIR, ou o previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Segundo o autuante, a conduta do contribuinte, juntamente com seus controladores, de realizar operações de incorporação de suas empresas veículos, foi com o único propósito de aproveitar indevidamente o ágio fiscal e reduzir, dessa forma, o IRPJ e a CSLL devidos. Não havia a menor possibilidade de o contribuinte aproveitar os ágios que foram gerados pela aplicação de recursos nas empresas ATL

Telecom Leste S.A. e TESS S.A., operadoras de serviços de telefonia no Brasil, incorporadas posteriormente pela Claro S.A., uma vez que, os reais adquirentes das empresas, estavam e estão domiciliados no exterior.

Na tentativa de aproveitar os ágios fiscais contabilizados nas empresas veículos e ao mesmo tempo se enquadrar nas determinações da legislação brasileira de telecomunicações, o contribuinte e seus controladores, realizaram as seguintes operações artificiosas em sequência:

- Constituição de uma nova *Holding* brasileira pelos controladores do grupo domiciliados no exterior.
- Levaram ao abrigo desta *Holding* todas as empresas veículos, por meio de aumento de capital naquela, lembrando que eram elas que detinham os ágios.
- O contribuinte, que é uma empresa operacional, que havia sido adquirido anteriormente pelo grupo controlador, também foi levado ao abrigo da *Holding* citada.
- As empresas veículos que detinham os ágios e eram as controladoras, foram incorporadas pelas duas operadoras (controladas) ATL Telecom Leste S.A. e TESS S.A., ficando aptas, segundo o entendimento do contribuinte, a amortizar tributariamente tais ágios - a motivação para essas incorporações tiveram como único propósito o aproveitamento do benefício fiscal do ágio.
- Aproximadamente um ano depois, o contribuinte incorporou a ATL Telecom Leste S.A. e a TESS S.A. e assumiu os ágios que estavam nelas contabilizados.
- A partir de meados de 2008, a Claro S.A. passou a deduzir o ágio, indevidamente, por meio de exclusões das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

O autuante reproduz esclarecimentos do contribuinte a respeito de seu procedimento, que corroborariam com o entendimento de que se tratou de um artifício utilizado para aproveitar indevidamente o ágio fiscal, que são os seguintes:

Em relação a TESS:

A legislação não permite, até os dias atuais, que empresas estrangeiras possuam o controle direto de empresas brasileiras que detenham concessão, permissão ou autorização para explorar serviços de telecomunicações, conforme se depreende do Decreto nº 2.617/98:

Decreto nº 2.617/98

"Art 1º As concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações de interesse coletivo poderão ser outorgadas ou expedidas somente a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País."

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a Telecom Americas Ltd. estava impedida de exercer o controle da TESS, ainda que indiretamente, a TESS, como todas as empresas do setor, necessitava constantemente de altos investimentos para o seu desenvolvimento econômico.

Diante desse cenário, a alternativa encontrada à época para permitir a capitalização da TESS sem que fosse caracterizada alteração de seu controle acionário, foi a celebração dos referidos contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social da TESS por uma holding a ser constituída no Brasil com o objetivo de controlar os investimentos da Telecom Americas Ltd. no País (essa holding seria a TAB).

Os contratos previam que o capital adiantado seria convertido em ações da TESS mediante notificação da TAB, manifestando o seu interesse na conversão do AFAC em capital, tão logo o impedimento de adquirir o controle fosse afastado pela Anatel.

Em relação a ATL

Tal como explicado no item 1, nem a Johi Holdco. (nova denominação social da Williams International ATL Limited), nem a Telecom Americas Ltd., ambas empresas estrangeiras, poderiam assumir o controle da ATL, em virtude das vedações previstas nos Decretos nºs 2.056/96 e 2.617/98, acima transcritos.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a Telecom Americas Ltd. era impedida de exercer o controle da ATL, ainda que indiretamente, a ATL, como todas as empresas do setor, necessitava constantemente de altos investimentos para o seu desenvolvimento econômico.

Diante desse cenário, a alternativa encontrada à época para permitir a capitalização da ATL pela Telecom Americas Ltd. sem que fosse caracterizada alteração de seu controle acionário, foi a celebração dos referidos contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social da ATL pela Johi. Os contratos previam que o capital adiantado seria convertido em ações da ATL mediante notificação da Johi (manifestando o seu interesse na conversão do AFAC em capital), o que ocorreu em 30.09.2004.

Em resumo, pode-se concluir que a capitalização da ATL por meio de AFACs foi a única alternativa viável que permitiu à Telecom Americas Ltd. investir na ATL, sem que fossem contrariadas as normas regulatórias vigentes.

Para o autuante, o contribuinte conseguiu justificar a existência das empresas veículos (*holdings*), mas não conseguiu e nunca conseguirá justificar a incorporação dessas empresas veículos e a constituição de uma nova *holding*. O fato de a legislação brasileira não permitir o controle direto das operadoras por parte de acionistas estrangeiros, não daria o direito à utilização de artifícios engenhosos no intuito de aproveitar eventuais ágios em solo brasileiro e esse foi o único propósito das incorporações das empresas veículos pela TESS e pela ATL.

Afirma que as duas justificativas de incorporações das empresas veículos pela ATL e pela TESS não deixam dúvidas quanto ao único propósito de aproveitar o benefício fiscal dos ágios contabilizados nas incorporadas.

Afirma que o procedimento adotado pelo contribuinte se enquadra no disposto no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que, em sua redação original

e na atual determina a duplicação da multa de ofício nos casos de fraude, conforme definido no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Conclui que a real adquirente das empresas operacionais se situa fora do Brasil e, portanto, o ágio não poderia ser aproveitado tributariamente no país, pois não houve confusão patrimonial, condição básica para o aproveitamento fiscal do mesmo, conforme preceito do art. 386 do RIR/99. As operações foram uma tentativa ilícita de internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresas veículos com o único propósito de reduzir as bases tributáveis de IRPJ e CSLL”.

- DA IMPUGNAÇÃO (fls. 2031/2098)

À exemplo do Termo de Verificação Fiscal, que repetiu o teor do termo anterior, a impugnação também se apresenta idêntica à impugnação apresentada no referido processo nº 16561.720180/2014-38, repete-se também a parte do relatório correspondente.

“- DA LEGITIMIDADE DAS OPERAÇÕES: DO PROPÓSITO NEGOCIAL E FUNDAMENTO ECONÔMICO

O impugnante alega que a entrada do grupo América Móvil no mercado brasileiro não foi um processo simples, nem foi realizado com o propósito de aproveitar fiscalmente os ágios pagos nas aquisições de participações nas empresas ATL e TESS. A criação da Claro foi resultado do processo de aquisição e consolidação de várias operadoras de telefonia móvel celular, que durou mais de cinco anos.

Além da aquisição da própria Claro (à época denominada BCP, com atuação originária na capital do Estado de São Paulo), o grupo América Móvil adquiriu as seguintes operadoras: TESS (telefonia celular com atuação no Estado de São Paulo), ATL (telefonia celular com atuação nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo), BSE (telefonia celular com atuação no nordeste brasileiro), TELET (telefonia celular com atuação nos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná) e AMERICEL (telefonia celular com atuação nos Estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia e Acre e no Distrito Federal).

Tais operadoras já se encontravam inseridas em estruturas societárias formadas por seus investidores originários, como o grupo Algar, nos casos da TESS e ATL, com quem a América Móvil veio a se relacionar para adquirir as respectivas participações societárias.

Em algumas aquisições os vendedores estabeleceram como condição do negócio a aquisição das holdings ligadas às operadoras, como é o caso da Sândalo Participações S.A. (“SÂNDALO”) e Johi Representações Ltda. (“JOHI”) (do lado da ATL) e da TEL Participações S.A. (“TEL PARTICIPAÇÕES”), IPÊ Participações S.A. (“IPÊ”), Eriline S.A. (“ERILINE”) e Tel Investimentos Ltda. (“TEL INVESTIMENTOS”) (do lado da TESS).

Nesse contexto, é preciso ter em mente que, ao contrário do alegado pelo autuante, as diversas reorganizações societárias decorreram da estrutura societária existente e da quantidade de empresas vendedoras envolvidas.

A maior parte das holdings mencionadas pelo fiscal sequer fora criada pela CLARO, que, assim que a legislação e a regulação do setor permitiram, procurou enxugar e simplificar a estrutura existente, com o objetivo de consolidar

nacionalmente sua marca, racionalizar os custos envolvidos com a manutenção de diversas sociedades, incrementar sinergias e otimizar a prestação do serviço e principalmente o atendimento aos usuários.

Percebe-se, portanto, que o autuante, em seu relato, acabou por simplificar a forma pela qual se deu a aquisição de cada uma das operadoras, a complexa estrutura societária pré-existente e o objetivo da CLARO de ter uma presença em todo território nacional, deixando a impressão de que as operações foram imotivadas comercialmente, e que o único objetivo da CLARO era o mero aproveitamento fiscal dos ágios pagos, de forma reduzir o IRPJ e a CSLL devidos.

Alega que é essencial a análise do filme, como cunhou o CARF, para que seja afastada a alegação de artificialidade das operações, pois, se elas forem examinadas em sua inteireza, fica evidente que as operações tiveram inúmeros propósitos, comerciais, financeiros e gerenciais, que não se confundem com a economia de tributos em razão da amortização dos ágios pagos.

O “filme todo” iniciou antes mesmo de o grupo América Móvil decidir ingressar no país, com as condições em que foram criadas as empresas TESS e ATL, passando pelas exigências regulatórias e legais envolvendo especificamente o setor de telecomunicações e, finalmente, culminando com a aquisição das empresas e a reorganização societária que resultou na criação da CLARO, enquanto uma operadora nacional de telefonia móvel.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a TESS e a ATL foram constituídas em 1997 e 1998, respectivamente. Muito antes, portanto, da entrada da América Móvil no Brasil, tendo se dado no contexto da reestruturação do setor de telecomunicações brasileiro, quando o monopólio público deu lugar a um novo sistema de exploração de serviços de telecomunicações, fundado na competição e orientado para o crescimento da universalização dos serviços.

Somente em meados do ano de 2001 que o grupo América Móvil decidiu ingressar no mercado de telefonia móvel no Brasil, iniciando um longo e extenso processo de negociações com as empresas estrangeiras e brasileiras que detinham participações na TESS e na ATL (empresas vendedoras). Importante repetir que, embora o objetivo da América Móvil fosse, em última instância, adquirir as empresas ATL e TESS, por se tratar de empresas operadoras de telefonia móvel, com atuação em áreas estratégicas do mercado brasileiro, a negociação acabou por envolver toda a cadeia de sociedades que integrava a estrutura societária daquelas empresas, como uma condição para a conclusão do negócio. Quer dizer, o processo de aquisição das empresas ATL e TESS implicou também na aquisição das holdings que detinham as participações nas referidas empresas.

Alega que toda a estrutura da operação de aquisição da TESS teve por objetivo que as ações representativas do seu controle acionário continuassem a ser detidas diretamente pela TEL Investimentos, sociedade constituída sob a lei brasileira e com sede e administração no Brasil, de forma que não haveria infringência ao disposto no art. 1º do Decreto nº 2.617, de 1998, e das regras do edital de licitação nº 001/96-SFO/MC.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o grupo América Móvil estava impedido de exercer o controle da TESS, ainda que indiretamente, a TESS, como todas as empresas do setor, necessitava constantemente de altos investimentos para o seu desenvolvimento econômico. Por outro lado, os acionistas controladores da companhia (à época, TEL HOLDINGS e a ERILINE) não se dispunham a efetuar os

aportes necessários à realização desses investimentos, fato que acarretaria sérios prejuízos à companhia.

Diante desse cenário, a alternativa encontrada à época pela administração da companhia - sobretudo considerando-se os altos custos de financiamento no mercado financeiro - foi recorrer ao grupo América Móvil, que se dispôs a aportar os recursos necessários. Sucede que, tendo em vista a posição dos demais acionistas de não aportar recursos, o aporte de recursos via aumento de capital não era uma alternativa válida, pois - subscrição unicamente pelo grupo América Móvil iria implicar na alteração da estrutura de controle aprovada pela ANATEL.

Neste contexto, o caminho concebido para se permitir a capitalização da TESS sem que fosse caracterizada alteração de seu controle acionário, foi a celebração de contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social ("AFACs") da TESS pela TAB. Esta sociedade era uma holding que foi constituída no Brasil pelo grupo América Móvil com o objetivo de controlar os investimentos da Telecom Américas Ltd. no País, tendo os recursos aportados via AFAC na TESS sido objeto de prévio aporte no capital da TAL via capital direto, devidamente registrados perante o Banco Central como Investimento Estrangeiro Direto.

Os contratos que formalizaram estes AFACs previam que o capital adiantado seria convertido em ações da TESS mediante notificação da TAB, manifestando o seu interesse na conversão do AFAC em capital, tão logo o impedimento de adquirir o controle fosse afastado pela ANATEL.

Somente em novembro de 2003, após a TESS ter migrado do Serviço Móvel Celular - SMC para o serviço de Serviço Móvel Pessoal - SMP (Termo de Autorização nº PVCP/SPV 004/2003- ANATEL - doc. 09), a América Móvil (Telecom Américas) foi efetivamente autorizada a assumir o controle acionário indireto da TESS.

Em relação à ATL - Algar Telecom Leste, afirma que o processo de aquisição se deu, em linhas gerais, de forma bastante similar ao processo da TESS, que ao final do ano-calendário de 2000, depois de diversas operações realizadas nos anos de 1999 e 2000, encontrava-se com seu capital social distribuído entre as empresas Algar Telecom operadoras de telefonia móvel, com atuação em áreas estratégicas do mercado brasileiro, a negociação acabou por envolver toda a cadeia de sociedades que integrava a estrutura societária daquelas empresas, como uma condição para a conclusão do negócio. Quer dizer, o processo de aquisição das empresas ATL e TESS implicou também na aquisição das holdings que detinham as participações nas referidas empresas.

Alega que toda a estrutura da operação de aquisição da TESS teve por objetivo que as ações representativas do seu controle acionário continuassem a ser detidas diretamente pela TEL Investimentos, sociedade constituída sob a lei brasileira e com sede e administração no Brasil, de forma que não haveria infringência ao disposto no art. 1º do Decreto nº 2.617, de 1998, e das regras do edital de licitação nº 001/96-SFO/MC.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o grupo América Móvil estava impedido de exercer o controle da TESS, ainda que indiretamente, a TESS, como todas as empresas do setor, necessitava constantemente de altos investimentos para o seu desenvolvimento econômico. Por outro lado, os acionistas controladores da companhia (à época, TEL HOLDINGS e a ERILINE) não se dispunham a efetuar os aportes necessários à realização desses investimentos, fato que acarretaria sérios prejuízos à companhia.

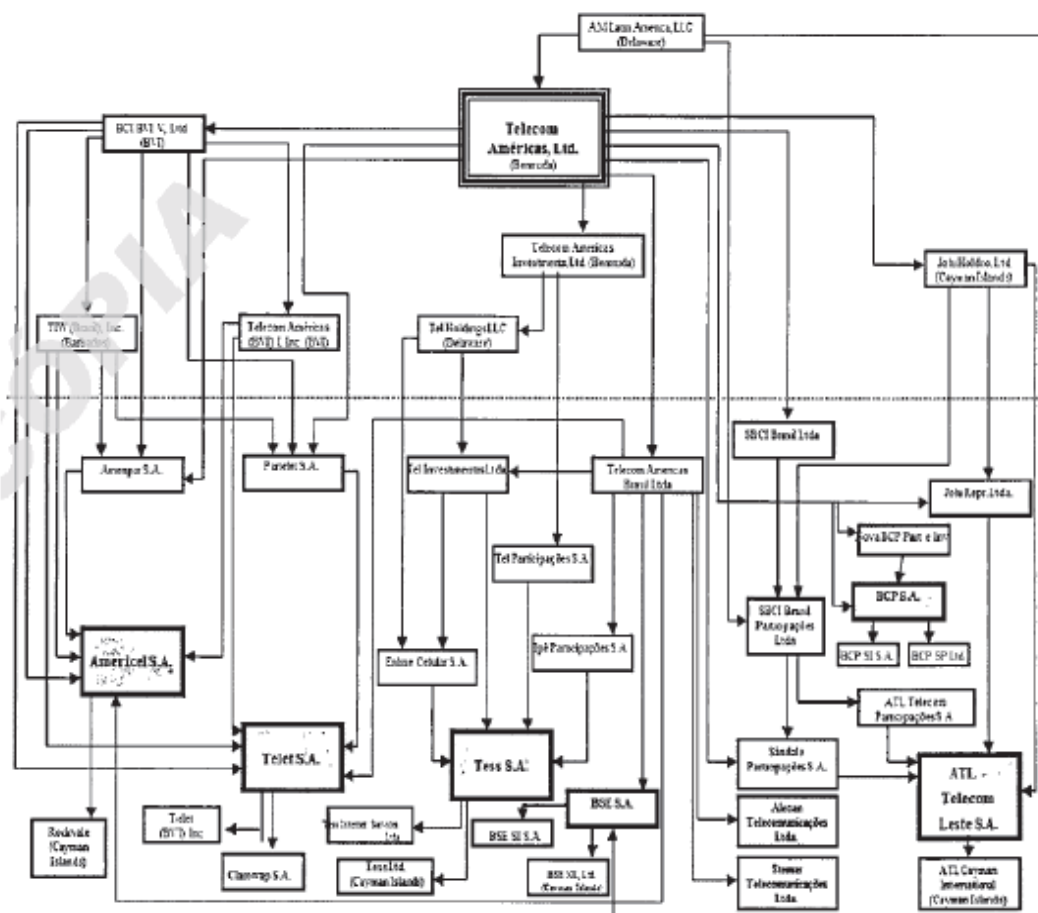
Diante desse cenário, a alternativa encontrada à época pela administração da companhia - sobretudo considerando-se os altos custos de financiamento no mercado financeiro - foi recorrer ao grupo América Móvil, que se dispôs a aportar os recursos necessários. Sucede que, tendo em vista a posição dos demais acionistas de não aportar recursos, o aporte de recursos via aumento de capital não era uma alternativa válida, pois - subscrição unicamente pelo grupo América Móvil iria implicar na alteração da estrutura de controle aprovada pela ANATEL.

Neste contexto, o caminho concebido para se permitir a capitalização da TESS sem que fosse caracterizada alteração de seu controle acionário, foi a celebração de contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social ("AFACs") da TESS pela TAB. Esta sociedade era uma holding que foi constituída no Brasil pelo grupo América Móvil com o objetivo de controlar os investimentos da Telecom Américas Ltd. no País, tendo os recursos aportados via AFAC na TESS sido objeto de prévio aporte no capital da TAL via capital direto, devidamente registrados perante o Banco Central como Investimento Estrangeiro Direto.

Os contratos que formalizaram estes AFACs previam que o capital adiantado seria convertido em ações da TESS mediante notificação da TAB, manifestando o seu interesse na conversão do AFAC em capital, tão logo o impedimento de adquirir o controle fosse afastado pela ANATEL.

Somente em novembro de 2003, após a TESS ter migrado do Serviço Móvel Celular - SMC para o serviço de Serviço Móvel Pessoal - SMP (Termo de Autorização nº PVCP/SPV 004/2003- ANATEL - doc. 09), a América Móvil (Telecom Américas) foi efetivamente autorizada a assumir o controle acionário indireto da TESS.

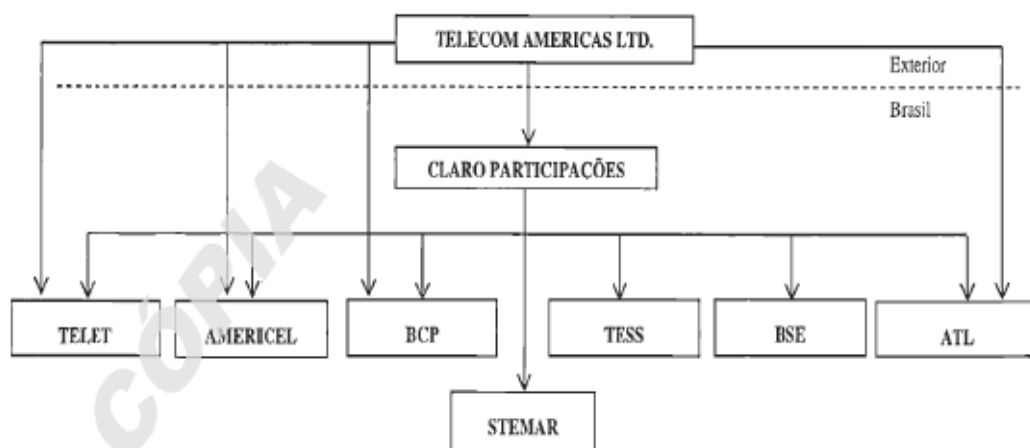
Em relação à ATL - Algar Telecom Leste, afirma que o processo de aquisição se deu, em linhas gerais, de forma bastante similar ao processo da TESS, que ao final do ano-calendário de 2000, depois de diversas operações realizadas nos anos de 1999 e 2000, encontrava-se com seu capital social distribuído entre as empresas Algar
Teleco



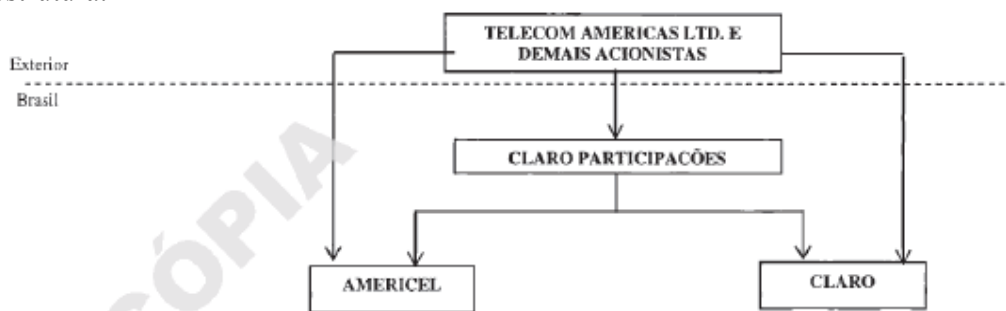
Essa estrutura impôs um enxugamento para fins de diminuição de custos financeiros e de gestão, otimizar negócios e buscar sinergias entre as diversas empresas. Assim, em 2004 foi criada uma *holding* de caráter nacional para controlar a totalidade das operadoras de telefonia celular do grupo América Móvil (Telecom Américas) a Claro Telecom Participações S/A (Claro Participações) e, num segundo momento, consolidar toda a operação em uma sociedade principal.

A primeira etapa da reorganização societária ocorreu entre 26/10/2004 e 28/10/2004 com uma série de aumentos de capital da CLARO Participações, efetivados por empresas estrangeiras do grupo América Móvil (Telecom Américas) (Telecom Américas Ltd., Johi Holdco Limited, Telecom Américas Investments Ltd. e AM Latin America LLC), mediante a conferência de ações de emissão da Nova BCP Participações e Investimentos S.A., Eriline Celular S/A, ATL, SÂNDALO, TEL Participações S.A., BSE e IPÊ e de quotas de emissão da JOHI, SBCI Brasil Participações Ltda. (“SBCI Participações”), SBCI Brasil Ltda. (“SBCI BRASIL”) e Tel Investimentos.

A segunda etapa da reorganização ocorreu entre 28/10/2004 e 29/10/2004, com a eliminação das demais holdings através de uma série de cisões e incorporações. Com a implementação desta segunda etapa, a CLARO PARTICIPAÇÕES passou a ser a única holding do grupo no Brasil, conforme se verifica abaixo:



Em 2005, as operadoras de telefonia celular (exceto a Americel S/A) foram incorporadas pela Claro (à época denominada BCP), ficando a seguinte estrutura:



Esse processo deixa claro que as operações foram absolutamente legítimas, revestidas de propósito negocial e fundamento econômico, além de terem sido necessárias em virtude da estrutura e das condições do negócio, ao contrário do que afirma o autuante de que a incorporação das empresas veículos pela TESS e ATL não teve nenhum outro propósito a não ser aproveitar indevidamente o ágio que estava contabilizado naquelas.

Alega que os ágios decorreram das circunstâncias dos negócios celebrados entre o grupo América Móvil e as empresas vendedoras, quando foi verificada uma expectativa de rentabilidade futura da ATL e da TESS, que justificava o pagamento de ágio na aquisição da participação societária. Tanto é assim que, em relação às demais empresas adquiridas (BCP, Americel, Telet e BSE) não foi registrado qualquer ágio.

Alega que não houve qualquer vantagem fiscal obtida com a reestruturação implementada no grupo Claro que não adviria de uma operação de incorporação direta, a qual somente não ocorreu por razões de caráter societário, regulatório e pelas circunstâncias comerciais das negociações entre o grupo América Móvil e os grupos vendedores. Se a sua intenção fosse exclusivamente obter vantagem fiscal, como afirma o autuante, não teria efetuado as reorganizações societárias da forma que fez, já que, ao incorporar as empresas operacionais (ATL, TESS, TELET, BSE, STEMAR e AMERICEL), houve outras perdas de cunho econômico e fiscal, como, por exemplo, (i) abrir mão de marcas já consolidadas no mercado (ATL, BCP, AMERICEL e TESS, nas áreas

de atuação das respectivas operadoras) em nome de uma marca mais forte, de projeção nacional (CLARO); (ii) o não aproveitamento dos consideráveis prejuízos fiscais acumulados por tais empresas, no montante de R\$ 359.144.284,91, que poderiam ter sido aproveitados caso a operação tivesse ocorrido da forma sugerida pelo autuante.

- DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DOS ÁGIOS E DA CONFORMIDADE DE SUA DEDUÇÃO À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Alega que, ao deduzir a amortização do ágio, agiu estritamente dentro dos limites fixados pela legislação, sendo absolutamente indevida a glosa procedida pelo autuante.

Alega que os procedimentos adotados pelas empresas JOHI, SBCI Participações, Sândalo, TAB, TEL Participações e TEL Investimentos na escrituração dos ágios por elas pagos na aquisição da participação societária da ATL e da TESS, e pela CLARO na dedução da despesa de amortização destes ágios, após haver incorporado a ATL e a TESS, coadunam-se em sua forma e conteúdo com a disciplina fixada pela legislação, em especial, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, regulamentada, no que se refere à forma de contabilização, pelos artigos 385 e 386 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99).

Segundo essa legislação, os requisitos para o aproveitamento do ágio para fins fiscais são (a) a efetividade da aquisição da participação societária e do seu pagamento e (b) a lisura na avaliação da empresa investida e o fundamento econômico do valor da aquisição (como, por exemplo, a expectativa de rentabilidade futura), requisitos esses preenchidos, pois (i) todas as operações objeto da autuação efetivamente ocorreram e implicaram na aquisição de participações societárias da ATL e da TESS; (ii) todos os ágios foram efetivamente pagos, seja em dinheiro, em títulos de créditos (cheques administrativos e notas promissórias) ou através da subscrição de ações, em alguns poucos casos e (iii) todos os ágios tinham seu fundamento econômico na rentabilidade futura da ATL e da TESS, devidamente atestada através de laudos de avaliação elaborados por empresa independente com notória expertise, a KPMG.

Alega que nenhum desses requisitos é questionado pelo autuante, que expressamente reconhece o pagamento e a existência dos ágios e sua forma de contabilização, amortização e aproveitamento. Da mesma forma, o autuante reconhece tratar-se de ágios baseados na rentabilidade futura da TESS e da ATL, fundamentados em laudos válidos, nos termos do § 3º do art. 385 do RIR.

Alega serem necessários alguns comentários adicionais, especificamente acerca dos ágios questionados pelo fiscal nos itens 3.1, 3.3, 3.4 e 4.1 do auto de infração.

Em relação ao item 3.1 (ágio na JOHI decorrente do aumento de capital com ações da ATL), há dois pontos que devem ser esclarecidos. Em primeiro lugar, trata-se de operação realizada em 1999, momento anterior ao início do processo de aquisição da ATL pela América Móvil (Telecom Americas).

Em segundo lugar, no que diz respeito à caracterização do ágio interno, até o advento da Lei nº 12.973, de 2014 (cef. arts. 20, 22 e 25), inexistia vedação legal para a constituição de ágio dentro do mesmo grupo econômico. Muito ao contrário, a prevalecer os parâmetros adotados pela legislação no que diz respeito à necessidade de as operações entre partes relacionadas observarem as condições de mercado (*arm's length*), nada impede o registro do ágio em

operação intragrupo, quando este direito existir em operações entre partes independentes comparáveis.

Alega que, na falta de vedação legal, este ágio somente poderia ser objeto de glosa na hipótese de ter sido fabricado internamente, de forma artificial, em operações cujo único objetivo seria o aproveitamento fiscal do ágio, o que, conforme já demonstrado, não é o caso em questão, haja vista que a motivação por trás da reorganização societária realizada foi, principalmente, o cumprimento da legislação regulatória em vigor à época.

Alega ser este o entendimento do CARF, conforme se depreende dos Acórdãos 1101-00709 e 1101-00708.

Alega que, no que diz respeito aos itens 3.3 (ágio na Sândalo decorrente aumento de capital com ações da ATL e com notas promissórias); 3.4 (ágio na ATL Participações S.A. decorrente do aumento de capital com notas promissórias) e 4.1 (ágio na IPÊ decorrente de aumento de capital com notas promissórias), ao mesmo tempo em que autuante afirma não se tratar de ágios legítimos, que teriam sido “criados” com o único intuito de obter vantagens fiscais, ele reconhece que se trata de operações que envolveram a efetiva alienação das ações da ATL e da TESS, detidas pelo grupo Algar, para o grupo América Móvil (Telecom Américas), através de suas empresas holdings no Brasil.

Alega que, uma vez reconhecido pelo próprio fiscal que se trata de operação de alienação de participação societária, realizada entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento do ágio, não há razão que justifique a glosa de tais ágios amortizados após a incorporação da ATL e da TESS, em conformidade com o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99.

- DA LEGITIMIDADE DAS EMPRESAS HOLDING

Alega que a conclusão do autuante de que não teria havido a confusão patrimonial exigida pelo art. 386 do RIR/99 não pode prosperar, pois a aquisição da ATL e da TESS foi realizada por empresas (holdings) regularmente constituídas sob as leis brasileiras. Empresas que efetivamente existiram, tinham substância econômica e não foram criadas apenas para “fachada”. A maior parte delas inclusive já existia antes mesmo de o grupo América Móvil ingressar no país; outras foram constituídas por expressa determinação legal, diferentemente de alguns casos objeto de decisões administrativas proferidas pelo CARF, em que determinadas pessoas jurídicas tinham existência efêmera e artificial.

Alega que não há nada de ilegítimo ou artificial na criação de uma sociedade holding, não havendo razões para que o autuante simplesmente as desconsiderasse, alegando ser o real adquirente a empresa estrangeira que as controlavam. A constituição das empresas holdings teve como único fundamento a necessidade de cumprir com os ditames legais e regulatórios vigentes à época, em especial a necessidade de se manter as condições originais dos contratos de concessão de telefonia celular banda B, firmados entre a ATL e a TESS depois de terem se sagrado vencedoras do leilão da concessão.

Alega que nenhuma empresa holding foi criada pela América móvil para fins de aquisição e reestruturação da ATL, que adquiriu empresas pré-existentes (Johi e Sândalo e através delas a ATL), enquanto que, do lado da TESS, a única empresa holding criada pela América Móvil foi a TAB (em 2001), com o único objetivo de atender as exigências de cunho regulatório. A América Móvil estava ingressando apenas como acionista minoritário da TESS, já que o controle da

empresa deveria permanecer sob controle do grupo Telia. Ao mesmo tempo, o projeto futuro era a aquisição integral da TESS e, para isso, necessitava enviar recursos para assegurar o desenvolvimento econômico da empresa, encontrando, como alternativa, a realização de AFACs por intermédio da *Holding* constituída no Brasil com o objetivo de controlar os investimentos da Telecom Américas Ltd.

Alega que, no termo de verificação fiscal (itens 3.2; 3.5 e 4.4), o autuante limita-se a descrever as operações, não tecendo quaisquer comentários acerca da legitimidade das operações ou da validade do ágio. A única exceção se refere ao ágio na Sândalo (item 3.5) em que afirma, de forma bastante suscita, que este ágio, a exemplo dos anteriores, também tem como real adquirente empresa domiciliada no exterior (Telecom Américas Ltd.).

Alega que, apesar de a Telecom Américas ter fornecido os recursos necessários para a realização dos investimentos, através de investimento estrangeiro devidamente ingressado no Brasil (RDE/IED), o fato é que as operações em questão foram realizadas entre empresas brasileiras, não havendo qualquer restrição na legislação, em especial a regulamentação do IRPJ e da CSLL, quanto ao fato de as holdings serem formadas por capital estrangeiro para fins das regras de amortização do ágio e de seu aproveitamento fiscal.

Qualquer entendimento diferente deste geraria conclusões absurdas, como a impossibilidade de qualquer empresa multinacional se estabelecer no país, pois qualquer que fosse o cenário escolhido, o investido estrangeiro, mesmo se utilizando de holdings brasileiras, jamais teria igualdade de condições com o investidor brasileiro.

Noutras palavras, o entendimento do fiscal levaria a esdrúxula conclusão de que as regras do art. 386 do RIR referentes ao aproveitamento fiscal do ágio jamais seriam aplicáveis aos grupos de empresas multinacionais, como é o caso da maioria das empresas dos setores mais relevantes da economia brasileira hoje, como instituições financeiras, indústrias automobilísticas, tecnológicas, alimentícias, eletrônicas, entre outras.

Alega que a restrição seria mais severa no setor de telecomunicações que possui determinação regulatória expressa proibindo que seu controle direto seja exercido por empresas estrangeiras. A idéia por detrás da Lei nº 9.532, de 1997, era justamente induzir a uma maior oferta, garantindo aos investidores, muitos deles empresas estrangeiras, que o ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura seria deduzido, entendimento nesse sentido foi manifestado pelo CARF no julgamento do “Caso TIM”.

Alega que, se o propósito da fosse unicamente aproveitar o ágio, não seria necessário incorporar todas as holdings e, em especial, todas as operadoras, como aconteceu em 2005 e 2006 com a incorporação da BSE, da TELET e da AMERICEL, além da TESS e da ATL, pois não havia ágio a amortizar e porque as referidas empresas tinham prejuízos fiscais acumulados em valores expressivos, o que justificaria a sua manutenção.

Alega que a incorporação das holdings pelas operadoras pode ser facilmente explicada pela prevalência da substância econômica das empresas operadoras em comparação às empresas holdings. Nesse sentido, bastaria imaginar as dificuldades que seriam enfrentadas caso as operações tivessem ocorrido de forma inversa, com a incorporação das operadoras pelas holdings. A ATL e a TESS, por serem empresas operacionais, possuíam muitos mais entraves econômicos e negociais para sua incorporação do que as holdings.

Apenas para fins de exemplo, aponta as carteiras de clientes, as diversas filiais espalhadas por Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo (e seus cartões de CNPJ, inscrições estaduais e municipais, alvarás etc), os cadastros e contatos com fornecedores, o controle dos sistemas operacionais, de faturamento etc, a celebração de diversos contratos, parcerias etc. A transferência de tais ativos para as holdings não se justificava à época e ainda hoje não se justificaria. Seria extremamente trabalhoso e sem qualquer sentido, pois o que importava, ao final, era a continuidade das operações de telefonia celular, já realizadas pelas controladas (ATL e pela TESS).

Alega que, ainda que tivesse a faculdade de realizar os negócios jurídicos em tela de outra forma, também tinha à sua disposição a possibilidade de estruturar seu negócio como o fez. Nas duas hipóteses permitiria o aproveitamento fiscal do ágio, conforme autorizado pela legislação, tratando-se meramente de uma opção sua.

Alega que a utilização das referidas empresas se deu, em parte, por questões negociais e econômicas, pela circunstância de adquirir estrutura existente de forma a viabilizar o controle da ATL e da TESS, sem violação de qualquer direito de terceiros, e noutra parte, por razões regulatórias, em especial em atendimento a Lei Geral de Telecomunicações (art. 202), aos Decretos nº 2.056, de 1996 (art. 39) e nº 2.617, de 1998 (art. 1º), aos dispositivos da Resolução 101/99 da ANATEL, bem como ao Contrato de Concessão, no que diz respeito à participação de acionistas estrangeiros no controle direto de empresas brasileiras do setor de telecomunicações.

Daí percebe-se, também, que, a despeito de a legislação fiscal conceder a possibilidade de amortização do ágio pela aquisição de participação societária, quando há a absorção do patrimônio da sociedade investida ou da investidora, a simples incorporação das empresas holdings pelas operadoras antes de 2003 (ou vice-versa) não era uma alternativa viável. Por conta disso, a exemplo do que ocorreu com as outras empresas privatizadas, optou-se por uma alternativa de reestruturação societária, de mais longo prazo, que possibilitasse, ao final, alcançar o objetivo de agrupamento das empresas, sem deixar de implementar o tratamento garantido pela legislação fiscal.

Alega que o CARF vem se manifestando de forma favorável à admissão da utilização das chamadas empresas veículos nos casos em que a sua constituição tenha ocorrido por razões regulatórias ou com respaldo econômico ou comercial e, em especial, quando a utilização da empresa veículo não resultou na criação de novo ágio.

Alega que a única empresa criada pela América Móvil foi a TAB e não se pode dizer que as empresas não possuíam substrato econômico ou que foram empresas criadas para receberem ágio em transferência. Não houve transferência de ágio entre as empresas integrantes da estrutura societária existente. Os ágios foram apurados diretamente pelas empresas *holdings*, que investiram nas empresas operacionais, pagando por elas um preço acima do seu valor patrimonial com base na rentabilidade futura, conforme reconhecido pelo próprio autuante. Ao final, como esperado, as operacionais incorporaram as *holdings*, por uma questão de substância econômica, passando o ágio a ser amortizável para fins fiscais.

IV – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO E DESCABIMENTO DA MULTA AGRAVADA

Alega que as conclusões do autuante para a aplicação da multa qualificada de 150% são absurdas e não encontram respaldo na análise dos fatos ocorridos e tampouco na legislação aplicável. Primeiro, porque todas as operações e

reorganizações societárias foram efetuadas em cumprimento às normas regulatórias aplicáveis ao setor de telecomunicações, bem como as determinações da própria ANATEL, que foi consultada previamente sobre a realização das operações que permitiram, ao final, a transferência do controle da ATL e da TESS e a consolidação da CLARO no País.

Alega que o autuante não trouxe aos autos quaisquer elementos que comprovassem, ou mesmo evidenciassem, o dolo ou fraude, como definido no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Que os ágios foram devidamente contabilizados e aproveitados. Trata-se de ágios efetivamente pagos, decorrentes de operações reais de aquisição de participação societária com valores acima de seus valores patrimoniais, com base na rentabilidade futura das operadoras de telefonia celular ATL e TESS. Além disso, todos os atos trazidos pelo autuante foram devidamente documentados, documento estes entregue à fiscalização durante o cumprimento dos inúmeros termos de intimações.

Alega que a caracterização de fraude por parte do contribuinte apenas se verifica quando estiver presente a prática de ação dolosa, caracterizada mediante a intenção concreta (dolo específico) do agente de impedir, retardar ou reduzir total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador. Nesse aspecto, o autuante não apresentou provas da intenção dolosa, baseando-se apenas em presunções e ilações sobre o propósito negocial das operações realizadas”.

V – DO PEDIDO

Por fim, o impugnante requer que seja julgada procedente sua impugnação, para cancelar os autos de infração e restabelecer os prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL

A DRJ, ao analisar a impugnação de fls 2031/2098, julgou improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte, mantendo o lançamento fiscal.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 3786/3878), no qual repisa os argumentos da Impugnação e contesta os motivos que levaram à DRJ a julgar seu pedido improcedente.

Em sede de contrarrazões, a PGFN defende a validade integral do lançamento, inclusive da qualificação da multa de ofício.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, dele, portanto, conheço.

DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL

O contribuinte alega em seu Recurso Voluntário que o acórdão recorrido acresceu novas razões aos fundamentos dos lançamentos tributários, uma vez que: **(i)** apontou suposto vício temporal na elaboração do laudo da KPMG e **(ii)** alegou que vários dos ágios registrados teriam sido gerados internamente; e **(iii)** destacou que as operações que resultaram em ágio não teve propósito negocial e substrato econômico, sendo que o real intuito seria o de contornar as normas tributárias relativas à tributação do ganho de capital e ao tratamento fiscal do ágio.

Entende o contribuinte que, por não constarem originalmente dos autos de infração, estes argumentos não poderiam servir de motivação para a decisão da DRJ, sob pena de modificar o critério jurídico adotado pela autoridade lançadora, nos termos do art. 146 do CTN.

Não merece guarida a preliminar suscitada pelo Recorrente.

A DRJ não inovou nos fundamentos do lançamento tributário, mas sim realizou seu próprio juízo de valor sobre os fatos e documentos acostados ao processo administrativo.

O julgador, com base nos fatos e provas apresentados, deve formar sua livre convicção para decidir sobre a procedência ou não do julgamento

Não houve, no presente caso, qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, vez que o julgador de 1º instância não trouxe em sua decisão elementos estranhos ao processo.

Ao revés, a decisão da DRJ apenas motivou sua decisão, ante as alegações trazidas pela Recorrente, que trouxe aos autos o laudo do ágio para justificar a amortização do ágio sob a expectativa de rentabilidade do ágio.

Ademais, entendo que a decisão recorrida não deixou de se posicionar sobre os argumentos inerentes ao TVF objeto da presente lide, demonstrando o raciocínio empregado que levou a formar sua convicção, no sentido de manter o lançamento fiscal.

Ressalta-se por oportuno que para verificação da modificação do critério é importante diferenciar erro de fato e erro de direito.

No erro de fato, o aplicador equivoca-se ao construir os fatos que darão ensejo à relação jurídica tributária. Ao passo que, no erro de direito, ele se engana ao construir a norma jurídica geral e abstrata ou seja, o equívoco ocorre na interpretação dos textos jurídico-positivos. Ambos, só podem ser constatados após a produção da norma individual e concreta, isto é, após a aplicação das interpretações equivocadas.

Note que apenas o erro de direito é capaz de ensejar a nulidade do auto de infração, visto que acarretaria numa complementação de lançamento. No caso em comento, não se trata de erro de direito, pois a motivação do lançamento permaneceu incólume, não ocorrendo um equívoco na valoração jurídica dos fatos.

Portanto, não houve uma mudança no fato jurídico tributário.

Ademais, vejamos as hipóteses de nulidade dos atos e termos lavrados, de acordo com o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, a saber:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

(...)

Observa-se, pois, que este dispositivo não é aplicável ao presente caso. Logo, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida, devendo ser rejeitada a preliminar suscitada pela Recorrente.

DO MÉRITO

DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

De início cumpre conceituar e esclarecer os principais aspectos do tratamento fiscal do ágio, bem como os requisitos para amortiza-lo. Conforme o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, o ágio é caracterizado pela diferença positiva entre o custo da aquisição e o valor do patrimônio líquido da adquirida no momento da aquisição

Portanto, o ágio é apurado pela pessoa jurídica que adquire participação societária em outra companhia, cujo o investimento é definido como relevante.

Nesse sentido, a adoção do método da equivalência patrimonial é obrigatória para a avaliação de investimentos relevantes, permanentes em sociedades consideradas como coligadas e controladas.

Com efeito, o conceito de controle societário na legislação fiscal encontra respaldo no art. 384 do RIR/99 para efeitos de determinação das situações nas quais determinadas participações societárias devem ser avaliadas pelo método da equivalência patrimonial.

Desse modo, o ágio será apurado com base na participação do percentual do capital social da empresa adquirida, constituindo-se pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido da companhia adquirida no momento da aquisição.

De acordo com o art. 385 do RIR/99, na aquisição de investimentos avaliados pelo método do patrimônio líquido (denominado método de equivalência patrimonial), o custo de aquisição deve ser segregado entre (i) o valor do patrimônio líquido do investimento no momento da aquisição, e (ii) o ágio ou deságio correspondente à diferença entre o valor pago de acordo com o item anterior e o custo de aquisição do investimento.

Ainda, o art. 383 do RIR/99 e o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77 dispõem que o ágio deve ter um fundamento econômico, e descreve os três tipos de fundamentos econômicos que têm efeitos para fins do aproveitamento fiscal, a saber:

- (i) valor de mercado dos ativos;
- (ii) expectativa de rentabilidade futura, ou
- (iii) intangíveis e outras razões econômicas.

Daí a importância do propósito comercial somado ao efetivo substrato econômico da transação para que o ágio gerado seja considerado uma despesa dedutível para fins fiscais.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 regulam o tratamento tributário e preceitua que o ágio registrado poderá ser amortizado para fins tributários pela companhia por um período não inferior a 60 meses. Confira-se:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários 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.

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

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

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

Conforme o artigo 386 do RIR/99, é condição para o aproveitamento do ágio a incorporação entre a empresa investida e a empresa investidora. Após a incorporação, o ágio tendo por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida poderá ser aproveitado fiscalmente mediante amortização como despesa dedutível.

Importante notar que sua alocação deve ser suportada por documentação adequada, entendida como um laudo de avaliação que fundamente a futura amortização do ágio. A alocação é importante porque determina os critérios de amortização para fins contábeis, bem como as implicações fiscais relacionadas.

Além disso, o ágio é derivado de uma aquisição entre terceiros independentes, e não gerado em consequência de transação intragrupo, visto que não há a transferência da titularidade, isto é, no final da transação as empresas ainda estariam sob um controle comum.

Pois bem, o cerne da discussão encontra-se no registro do ágio, se assiste a Recorrente o direito à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio geradas nas

empresas ALT Telecom Leste SA (ALT) e TESS SA (TESS).face as reorganizações societárias ocorridas entre 1999 e 2001, com a entrada do grupo mexicano em 2001 até 2004. em que foram utilizadas empresas veículos para o aproveitamento do ágio.

A fiscalização glosou o ágio sob a justificativa de que foi realizada operações de incorporação de empresas veículos, com o único fim de aproveitar o ágio fiscal. Verificou que a Recorrente não é a verdadeira adquirente das empresas ALT e TESS, mas sim a empresa sediada no exterior.

Adiante, concluiu que a criação das empresas veículos foram utilizadas apenas para o fim de provocar o artificial enquadramento da reorganização societária, de forma a ser ilegítima a antecipação na utilização da amortização do ágio gerado a partir das aquisições das referidas empresas.

A fiscalização ainda listou as operações artificiais praticadas pela Recorrente que as considerou como artificiosas, a saber:

- Constituição de uma nova *Holding* brasileira pelos controladores do grupo domiciliados no exterior.
- Levar ao abrigo desta *Holding* todas as veículos, por meio de aumento de capital naquela, lembrando que eram elas que detinham os ágios.
- A Fiscalizada, que é uma empresa operacional, a qual havia sido adquirida anteriormente pelo grupo controlador, também foi levada ao abrigo da *Holding* citada.
- As empresas veículos que detinham os ágios, e eram as controladoras, foram incorporadas pelas duas operadoras, controladas, ATL Telecom Leste S.A. e TESS S.A., ficando aptas, segundo o entendimento da Fiscalizada, a amortizar tributariamente tais ágios. - a motivação para essas incorporações tiveram como único propósito o aproveitamento do benefício fiscal do ágio.
- Aproximadamente um ano depois, a Fiscalizada incorporou a ATL Telecom Leste S.A. e a TESS S.A e assumiu os ágios que estavam nelas contabilizados.
- A partir de meados de 2008, a Fiscalizada Claro S.A. passou a deduzir o ágio, indevidamente, por meio de exclusões das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

Nesta esteira, a decisão recorrida também entendeu ser ilídimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela Recorrente, pois fruto de um planejamento tributário abusivo, o qual visou a redução do pagamento de tributos.

Vejamos no tópico a seguir a análise da formação do ágio no caso concreto, bem como o seu aproveitamento fiscal.

DA ANÁLISE DO ÁGIO NO CASO CONCRETO

Conforme visto, trata-se de ágio pago na aquisição de participação societária, com posterior incorporação da adquirente. O referido ágio foi gerado em decorrência de diversas reorganizações societárias ocorridas até 2005, o qual foi fundamentado na

perspectiva de rentabilidade futura. Cumpre-se, portanto, a verificação de sua formação para concluir se este é lícito do ponto de vista fiscal.

Conforme o TVF, os ágios foram registrados nas empresas ALT e TESS (operadoras de telefonia móvel criadas em 1998 no contexto das privatizações para preservar a concorrência de mercado) em detrimento de aquisições ocorridas entre os anos de 1999 e 2004, sendo incorporadas posteriormente pela Recorrente em 2005.

O TVF destaca que ambas empresas foram adquiridas pelo grupo América Móvel (grupo mexicano que detém a marca Claro) em 2001, quando este ingressou no mercado brasileiro.

Adiante, ressalta que, a partir do momento em que o grupo passou a deter as empresas ALT e TESS, o valor do ágio se tornou significativo à medida que foi aportado serviços telefônicos, por meio de empresas veículos.

A decisão por meio de planilha demonstrou as alterações societárias sofridas nas referidas empresas, de forma cronológica às fls. 3749/3750:

Processo nº 16561.720016/2015-10
Acórdão n.º 1301-002.658

S1-C3T1
Fl. 4.109

15 08 1997	Constituição da Tess S/A - vencedora licitação - Composição societária Têlia Overseas AB (exterior), Eriline e Primav
26 03 1998	Constituição da ATL Algar Telecom Leste pela Lightel S/A - Tecnologia da Informação (empresa do grupo Algar, depois denominada Algar Telecom S.A) SK Telecom International Inc. (anteriormente denominada Korea Mobili Telecom International, Inc) e Construtora Queiroz Galvão S.A.
01 04 1998	ATL foi declarada vencedora da licitação para operar telefonia celular nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo
06 04 1998	Alteração no quadro societário da TESS com a subscrição de ações pela Lightel Tec. da Informação (Algar) e Tel Investimentos Ltda.
15 01 1999	Início das atividades da TESS
15 01 1999	Início das atividades da ATL
03 03 1999	Constituição da Johi Participações . Sócios José Iácio Pereira e Hilo Martins dos Santos
23 03 1999	A Lightel S/A Tecnologia da Informação (Posteriormente Algar Telecom) adquiriu as cotas dos sócios originais da Johi
23 03 1999	Aumento de capital da Johi mediante subscrição e integralização de capital pela Lightel com a conferência de ações da ATL e Aristeu da Silva Grillo (0,01%)
26 03 1999	Aristeu e Lightel se retiraram do quadro societário da Johi, transferindo suas cotas para a Williams International Telecom Limited e Willian International ATL Limited, respectivamente.
07 06 1999	Alteração da denominação social da Lightel para Algar Telecom S/A
18 06 1999	Constituição da Sândalo por Algar S/A Empreendimentos e Participações, Dilson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano, Cicero Domingos Penha
04 08 1999	Constituição da Algar Sistemas ópticos - Cotistas Algar Telecom, Nelson Cascelli Reis e Geraldo Batista Caetano
30 11 1999	Se retiram da Algar Sistemas Opticos Nelson e Geraldo e ingressam SKTI-US LLC e Williams International Atl Ltd (posteriormente Johi Holdco)
30 11 1999	Constituição da Algar Telecom Participações (ATL Participações) - sócios Algar S/A Empreendimentos e Participações, Dilson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cicero Domingos Penha

02 12 1999	Constituição da SBCI Brasil Participações - Empresa da Telecom Américas(sob a denominação de AOSA Participações Ltda.) 10 12 1999 foi alterada a razão social com a entrada na sociedade da SDCI
17 12 1999	Aumento do capital Algar Sistemas Ópticos pela SKI e Williams com ações da ATL
18 12 1999	Aumento de capital da Sândalo pela Algar Adm de Sistemas Ópticos com a conferência de ações de emissão da ATL - Ágio de R\$ 6.488.000,00
18 12 1999	Aumento de capital na Sândalo (novo) pela Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. mediante a conferência ao capital social de ações de emissão da ATL
18 12 1999	Aumento de capital da Algar Telecom Participações pela Algar Telecom S/A com a conferência de ações de emissão da ATL
18 12 1999	Alteração no quadro social da ATL, com a aquisição de ações de propriedade da SKI, LLC, do grupo Algar e do grupo Williams, pela SBCI Brasil Participações Ltda.
29 12 1999	Aumento de capital na Sândalo subscrito pela SBCI Brasil Participações Ltda mediante entrega de duas NP de 322.759.311,17 e 268.963.927,33 (Ágio de 558.738.118,50)
29 12 1999	Aumento de capital da ATL Participações subscrito e integralizado pela SBCI Participações mediante entrega de NP no valor de R\$ 228 621 936,70 - Operação gerou um ágio de R\$ 196 982 436,70
29 12 1999	Resgate pela Sândalo das ações detidas pela Lightel (Algar Telecom SA) e redução do capital mediante restituição de suas respectivas ações. A NP de R\$ 228 621 936,70 foi utilizada para pagamento da Lightel
30 12 1999	Redução do capital da Sândalo - Retiraram-se da sociedade a Lightel e Algar Administradora de Sistemas ópticos. A NP de 322.759.311,17 foi utilizada para pagamento da Lightel - A NP de 268.963.927,33 foi endossada para a Algar Administradora de Sistemas Ópticos e se extinguiu por confusão patrimonial quando da sua incorporação pela SBCI Participações em 31 12 2003 - A SBCI BRasil Participações passou a ser a única acionista da Sândalo.
11 01 2000	SBCI Brasil Participações aumenta seu capital Subscrito e integralizado pela SBC International Brasil Holdings (ilhas Cayman) e Telmex Wirelles Brasil LLC (Delaware). A capitalização foi feita em dinheiro
24 03 2000	A Sândalo faz contrato de AFAC com a ATL de R\$ 259 096 500,00
27 03 2000	aumento do capital da Johi pela Williams International ATL Limited (US\$ 150 milhões)
27 03 2000	A johi faz o aporte de R\$ 259.096.500,00 na ATL a título de AFAC
31 03 2000	Aumento capital Sândalo, R\$ 260.084.942,88, integralizado pela SBC international - Brasil holding Ltd e pela Telmex Wireless Brazil, LLC
31 03 2000	Aumento de capital da SBCI Participações pela SBC International - Brazil Holding e Telmex Wireless Brazil com ações que haviam subscrito na Sândalo Assim, as duas empresas se retiram do quadro societário da Sândalo, sendo substituídas pela SBCI Participações
1999	a Lightel se retira da sociedade TESSS
entre 99 e 2001	novas alterações societárias na TESS - Telia AB e Telia Overseas (Exterior), Algar Telecom, Riselin Holdings, Eriline e Tel Investimentos. Os detentores das quotas da Tel Investimentos Ltda (Telia AB e Telia Overseas AB) receberam ações ordinárias da Tel Participações em substituição a mesma quantidade de cotas canceladas na Tel Investimentos Ltda, registrando um ágio de 6 885 517,79
12 12 2000	constituição da IPÊ - Algar Empreendimentos (99,7% do capital) e PF
12 12 2000	Constituição da TEL Participações por Algar Empreendimentos e Participações. A Riseling Holdings Ltda ingressou no quadro societário em razão do aumento de capital decorrente da cisão da Eriline
14 02 2001	Pedido de anuência à ANATEL para a aquisição por parte de uma subsidiária da Telecom Américas das ações da TESS detidas pela Algar Telecom S/A (ex- lightel) e totalidade das ações preferenciais detidas pelos demais acionistas - foi aprovado com a restrição de que o grupo não adquirisse mais de 50% das ações ordinárias para que o controle não saísse dos grupos Telia e Eriline.

22 02 2001	Aumento capital da Johi pela Williams International ATL Limited (R\$ 42.565,00)
23 02 2001	Constituição da Telecom Americas do Brasil Ltda - TAB (Alfabeto Participações) com o propósito de deter participações em empresas operacionais no Brasil do setor de telecomunicações. A Telecom Américas Ltd. lhe enviava recursos do exterior e esta imediatamente repassava quase a totalidade para a TESS como AFACs
28 02 2001	Aumento de capital da IPÊ Participações subscrito pela Algar Telecom S/A (Lightel) com ações preferenciais da TESS (Assembl. 8:30 hs)
28 02 2001	Novo aumento de capital da IPÊ (assembl. 17:00 hs) integralizado pela Algar Telecom S/A com ações ordinárias e preferenciais da TESS
28 02 2001	Cisão da Eriline (Acionistas Eriline Telecom Engenharia e Serviços; Eriline Engenharia de Teleinformática; Tel Investimentos, Riseling Holdings e Algar Telecom -Lightel) com versão das parcelas cindidas para a IPÊ e para a TEL Participações. Com a Cisão a Algar Telecom se retirou da Eriline.
28 02 2001	Aumento do capital da IPÊ pela Algar Telecom com o acervo vertido da Lightel
28 02 2001	Aumento do capital da IPÊ pela Algar Telecom com ações de emissão da TESS
28 02 2001	Aumento do capital da TEL Participações pela Riseling com o acervo vertido da Lightel
28 02 2001	Aumento de Capital da Tel Investimentos subscrito e integralizado pelos sócios cotistas Telia AB e Telia Overseas com a entrega de ações de emissão da TESS. Ágio na Tel Investimentos de R\$ 49 283 136,72
28 02 2001	Aumento de capital da Tel Participações subscrito pela Telia AB e Telia AB Overseas com ações da TESS. Operação gerou um ágio de R\$ 144 950 219,49 na Tel Participações
28 02 2001	Cisão parcial da TEL Investimentos com versão da parcela cindida (ações da TESS) para a TEL Participações
01 03 2001	Cisão da Riseling Holdings Ltda. (que possuía investimentos na Tel Participações e na Eriline) vertendo o capital para a Tel Participações e para a Eriline. (Conclusão: a Telia AB e Telia Overseas AB transferem as ações que elas detinha na TESS para a Telecom Americas Ltda.)
01 03 2001 ? FI 1843	As ações de emissão da Tel Participações foram adquiridas pelo grupo Telecom Américas
27 03 2001	Telecom Américas Ltd. iniciou os investimentos na ATL através da capitalização da Sândalo Participações S/A e Johi Representações
27 03 2001	Aumento do capital da Sândalo integralizado pela Telecom Américas Ltd. em moeda corrente remetida do exterior
29 03 2001	Contrato de AFAC Sândalo e Algar Telecom Leste ATL R\$ 632 613 419,01
03 04 2001	A Telia AB e Telia Overseas transferem as ações da TEL Investimentos para a TEL Holdings (exterior), que passa a ser controladora da TEL Investimentos e, com isso, da própria TESS (retiram-se da Tel Investimentos).
03 04 2001	Ingresso da Telecom Américas Ltd. na Alfabeto Participações (nesse momento foi feito a alteração da denominação social para Telecom Américas do Brasil Ltda.)
09 04 2001	Aumento de capital da TAB em dinheiro(R\$ 345.906,057,00) subscrito e integralizado pela Telecom Américas Ltd
09 04 2001	A TAB ingressa como acionista da IPÊ mediante a entrega de R\$ 344.592.609,30 em cheque administrativo e uma NP de U\$ 87.805.434,00 (R\$ 189.843.789,30)
09 04 2001	Redução do capital da IPÊ, saindo da sociedade a Algar Telecom (antiga Lightel) recebendo como pagamento pelo investimento a NP de U\$ 87.405.434,00 e uma parcela em dinheiro, totalizando o valor de R\$ 534.436.398,60.
09 04 2001	A IPÊ passa a ser controlada integralmente pela TAB
24 08 2001	Johi Holdco (nova denominação da Williams ATL controladora da Johi) e a própria Johi foram adquiridas pela AM Latin America LLC (AMLA). Nesta data o grupo América Móvil se tomou o controlador da Johi
24 08 2001	A AMLA ingressa no quadro societário da Algar Sistemas Ópticos com a transferência das cotas da SKTI-US, que se retira da sociedade
30 09 2001	A Johi exerceu a opção de capitalizar os AFACs na ATL (total R\$ 1 681 140 600,00)

Processo nº 16561.720016/2015-10
Acórdão n.º 1301-002.658

S1-C3T1
Fl. 4.112

1998	Constituição da ATL Algar Telecom Leste S/A
08 02 2002	A AM Latin América, LLC se retira da Johi, transferindo sua única cota para Alberto de Orleans e Bragança
08 02 2002	Williams International ATL Limited alterou a sua denominação social para Johi Holdco Limited
26 03 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
27 03 2002	A Telecom Américas Ltd. inicia seus investimentos na TESS S/A através da capitalização da Telecom Americas Brasil (TAB) Os recursos são imediatamente repassados para ATL por meio de AFACs (ver fls.1673)
13 06 2002	A Telecom Américas Ltd. ingressa no na Johi integralizando R\$ 843 277 565,00
13 06 2002	O sócio Alberto de Orleans e Bragança transfere sua cota da Johi Representações para a Johi Holdco Limited
13 06 2002	Johi efetua AFAC na ATL
18 06 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
28 06 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
28 06 2002	Johi efetua AFAC na ATL
29 07 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
03 09 2002	Johi efetua AFAC na ATL
10 10 2002	Johi efetua AFAC na ATL
30 10 2002	Johi efetua AFAC na ATL
13 11 2002	Johi efetua AFAC na ATL
19 05 2003	TAB efetua AFAC para a TESS
20 05 2003	Johi efetua AFAC na ATL
25 05 2003	Johi efetua AFAC na ATL
13 11 2003	Anatel concedeu anuência prévia para que a Telecom Américas adquirisse o controle da TESS
13 11 2003	Anatel concedeu anuência prévia para que a Telecom Américas adquirisse o controle da ATL - Com isso a SBCI Participações adquiriu o controle da ATL Participações e, em decorrência, da ATL
14 11 2003	Transferência da totalidade das ações representativas do capital social da Claro S.A. (antiga BCP S/A) transferida para a América Móvil S/A (México)
27 11 2003	A Telecom Américas Ltd. adquiriu as cotas da ATL Telecom Leste detidas pela SBC International Brasil Holdings e AM Latin Americas, LLC (Telmex Wireless Brasil, LLC)
31 12 2003	Incorporação da Algar Administradora de Sistemas Ópticos pela SBCI Participações (devedora incorpora a credora - NP de 268 963 927,33)
15 03 2004	TAB efetua AFAC para a TESS
30 03 2004	TAB efetua AFAC para a TESS
25 06 2004	Johi efetua AFAC na ATL
30 06 2004	Johi efetua AFAC na ATL
15 07 2004	Johi efetua AFAC na ATL
27 09 2004	TEL Holdings International foi incorporada pela Telecom Américas Investments. Ltd (TAIL)
27 09 2004	Constituição da Claro Telecom Participações S/A para concentrar os investimentos do grupo no Brasil - Acionistas Telecom Américas Ltd (Bermudas) 99% Capital, e AM Latin America LLC (Delaware)
30 09 2004	A Johi exerceu o direito de capitalizar os AFACs na ATL (R\$ 1.681.140.600,00) - registrando um ágio de R\$ 814.559.582,00, posteriormente alterado para R\$ 903.231.375,97
30 09 2004	A Sândalo exerceu o direito de capitalizar os AFACs na ATL (R\$ 891.710.680,00) - Registrou um ágio de R\$ 394.204.367,00, alterado posteriormente para R\$ 479 091 708,44
26 10 2004	Por meio de aumento de capital, conforme abaixo, todas as empresas do grupo foram levadas ao abrigo da Claro Telecom Participações S/A, que foi constituída para abrigar os

	investimentos do grupo no Brasil
26 10 2004	A Telecom Americas Investments conferiu suas ações de emissão da TEL Investimentos, da TEL Participações e da Eriline ao capital da Claro Telecom Participações, que passou a ser a nova acionista da Tel Participações e da Eriline Celular S/A
26 10 2004	A AMLA conferiu suas ações de emissão da SBCI Participações ao capital da Claro Telecom Participações
26 10 2004	A Johi Holdco conferiu suas ações de emissão da Johi Representações, da ATL, e da SBCI Participações ao capital da Claro Telecom Participações
26 10 2004	A Telecom americas Ltd conferiu suas ações de emissão da SBCI Brasil e da Johi ao capital da Claro Telecom Participações
26 10 2004	A SBCI Participações incorpora a SBCI Brasil - passando a Claro Participações a figurar como única sócia da SBCI Brasil
27 10 2004	A SBCI Participações foi cindida, sendo parte do investimento (Sândalo) vertido para a própria Sândalo, juntamente com o ágio, e parte (ATL Participações) para a própria ATL, passando a Claro Participações a ser a única acionista da Sândalo e da ATL Participações
27 10 2004	A Claro Telecom Participações incorporou a Nova BCP Participações e Investimentos S/A
28 10 2004	TAB exerce a opção de conversão dos AFACs em Capital da TESS (O autuante anota a data como sendo 28/04/2004) A TAB registrou o ágio de 1 117 580 993,00 (ver doc. 30 anexado fisc)
28 10 2004	A Telecom Americas Ltd conferiu suas ações de emissão da IPÊ ao capital da Claro Participações
28 10 2004	TAB é totalmente cindida, parte do patrimônio é vertido para a Claro Participações e parte para a IPÊ (aí incluído o investimento realizado pela TAB na TESS e na própria IPÊ)
28 10 2004	Eriline incorpora a TEL Investimentos
29 10 2004	TESS incorporou suas controladoras diretas, Eriline, a TEL Participações e a IPÊ (totalmente controladas pela Claro Participações), assumindo os ágios que estavam contabilizados nessas empresas
31 05 2005	Claro incorpora a TESS
2001	Início das negociações do grupo América Movil com o intuito de entrar no mercado brasileiro e adquirir a Tess e a ATI
31 12 2005	A Claro S/A (EX-BCP) incorporou a ATL Telecom Leste
31 12 2005	A Claro S/A incorporou a TESS S/A

Por sua vez, a Recorrente alega que em algumas aquisições foram estabelecidas a aquisição das holdings ligadas às operadoras como condição de negócio, nos casos das empresas Sândalo Participações S.A. (SÂNDALO) e Johi Representações Ltda. (JOHI) - no tocante a ALT e as empresas TEL Participações S.A. (TEL PARTICIPAÇÕES), IPÊ Participações S.A. ("IPÊ), Eriline S.A. (ERILINE) e Tel Investimentos Ltda. (TEL INVESTIMENTOS) - do lado da TESS.

Adiante alega que as holdings utilizadas não foram criadas pela Recorrente, e assim que a legislação e a regulação do setor permitiu, realizou a simplificação de sua estrutura societária, com o objetivo de otimizar a marca, bem como os custos envolvidos na manutenção das diversas sociedades.

Dessa forma, frente a proibição regulatória da Recorrente exercer o controle sobre a TESS e a ALT, esta se utilizou de artifícios para que não fosse caracterizada a alteração do controle acionário.

Assim, em relação a TESS, foram celebrados contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social (AFACs) pela Telecom Américas Brasil Ltda (TAB) que tinha como objeto de controlar os investimentos da Telecom Américas Ltda (TAL), por meio dos recursos aportados via AFAC. Conforme explicado no TVF (fl. 80) a TAL empresa estrangeira

enviava a TAB a título de aumento de capital, para que esta última repassasse a TESS como AFAC.

Com relação ALT, o processo de aquisição se deu em forma similar ao da TESS, que após diversas operações realizadas nos anos de 1999 a 2000, seu capital social resultou segregado entre as empresas Algar Telecom Participações (ALT Participações), controlada pela Algar, Sândalo e Johi e Williams International Alt Limited.

Destaca-se que durante os anos de 2001 e 2004, as empresas holdings Johi e Sândalo receberam recursos da América Móvil (Telecom Américas), via capital direto, para que pudessem investir na ATL. Da mesma forma que com a TESS, foram utilizados AFACs que foram capitalizados quando autorizado pela ANATEL que o controle indireto da ATL fosse exercido pela Telecom Americas (o que ocorreu, em ambos os casos, em novembro de 2003).

Após disso, realizou-se uma série de cisões e incorporações com vistas à simplificar a estrutura societária do grupo, de forma a que passou a incorporar as holdings (IPÊ, TEL PARTICIPAÇÕES, TEL INVESTIMENTOS, SÂNDALO, ATL PARTICIPAÇÕES e JOHI) pelas empresas operacionais (ATL, TESS e demais empresas operacionais) e a posterior concentração das operações em apenas uma empresa (a RECORRENTE, à época denominada BCP), sob o controle de uma holding constituída no Brasil (a CLARO PARTICIPAÇÕES).

Diante disso, a Recorrente entende que restou demonstrado que os ágios decorreram das circunstâncias dos negócios celebrados entre o grupo América Móvil e as empresas vendedoras, quando foi verificada uma expectativa de rentabilidade futura da ATL e da TESS, que justificava o pagamento de ágio na aquisição da participação societária.

Ademais, alega não ter havido qualquer vantagem fiscal obtida com a reestruturação implementada no grupo Claro. Ainda, o fato da operação não ocorrer via incorporação direta, se deu por razões de caráter societário, regulatório e pelas circunstâncias comerciais das negociações, como no caso de algumas aquisições não ter havido o (BCP, Americel, Telet e BSE) e incorporação de empresas que possuíam prejuízos fiscais (ATL, TESS, TELET, BSE, Stemar e Americel).

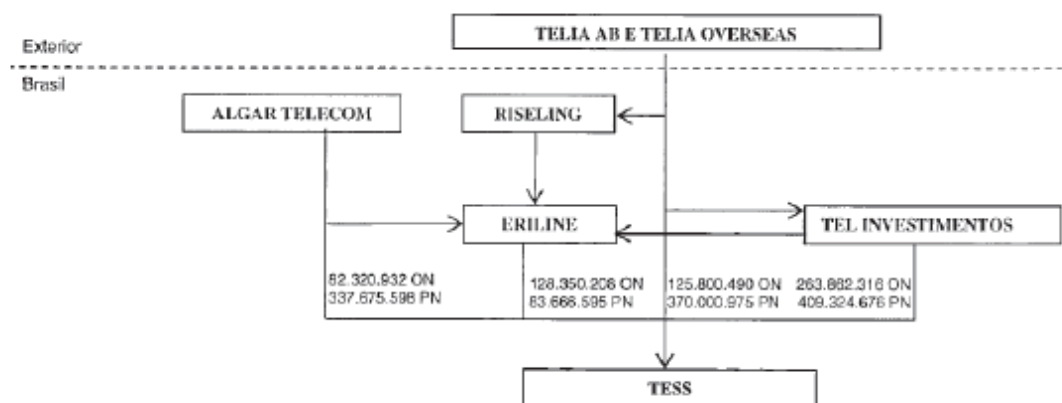
Destaca, por fim, que antes da edição da lei 12.973/2014 não havia vedação legal para o aproveitamento fiscal do ágio interno, o que não configura o agravamento de sua conduta.

Feita tais considerações, passemos à análise de cada ágio glosado.

1. DOS ÁGIOS CARREADOS PARA A TESS (ITEM 4 DO AIIM)

1.1 ÁGIO IPÊ - (AI item 4.1 - p. 68 do TVF)

Inicialmente cumpre resgatar a composição societária quando das alterações societárias ocorridas entre 1999 e 2001:



Vejamos o histórico cronológico das operações traçado pela decisão da DRJ:

A IPÊ foi constituída em 12/12/2000, tendo como acionistas a Algar Empreendimentos (99,7%) e outras pessoas físicas. Em 28/02/2001, a IPÊ recebeu da Algar Telecom parte do acervo cindido da Eriline (81.014.111 ações de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 50.639.112,00) como aumento de capital. Na sequência, em novo aumento de capital, a Algar Telecom conferiu ao capital social da IPÊ 82.320.932 ações ordinárias e 337.675.597 ações preferenciais de emissão da TESS que eram de sua propriedade.

Nota-se que até esse momento o grupo América Móvil não detinha participação societária na IPÊ. Entretanto, o item 4 da Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 03 de abril de 2001 da Tel Participações (fls. 1045/1046), que aprovou a venda da participação no capital social da TESS, faz referência expressa ao “Contrato de Compra e Venda (“Purchase Agreement””, celebrado em 12 de fevereiro de 2001 entre a Telia Overseas AB, Tel Investimentos Ltda., Eriline Celular S/A, Tel Holdings International LLC, Tess S/A, IPÊ Participações e Telecom Américas Ltd. Daí se extrai que operações societárias acima descritas foram efetuadas dentro do contexto de negociações com a Telecom Américas Ltd. Observe-se:

(...)

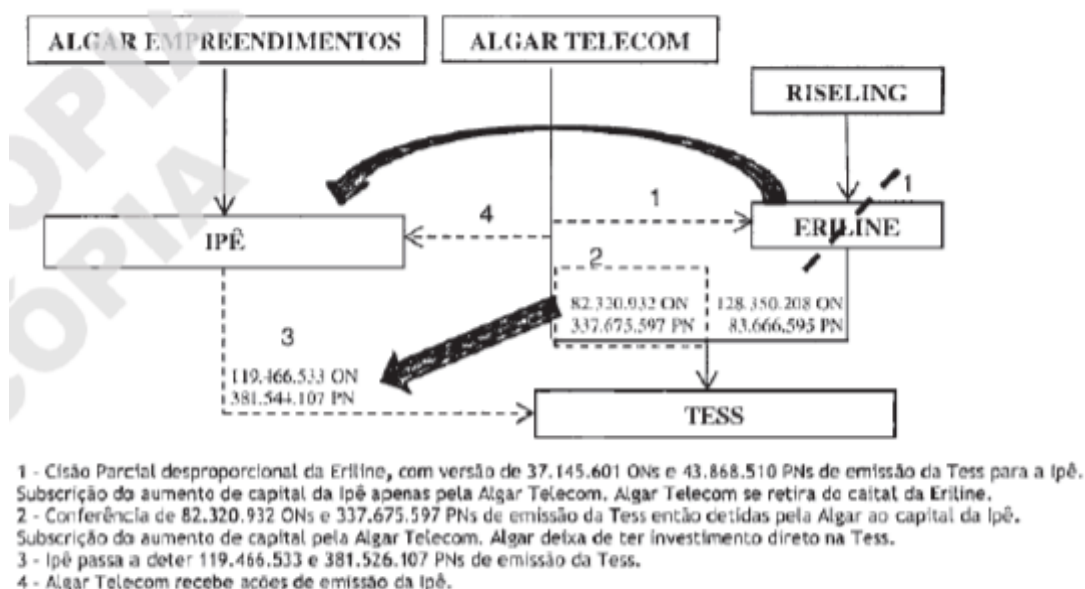
Em 23/02/2001, foi constituída Alfabeto Participações Ltda. (capital social de R\$ 1.000,00) e em 03/04/2001 os sócios originais se retiraram e a Telecom Americas Ltd. ingressou na sociedade, quando a denominação social da Alfabeto foi alterada para Telecom Américas do Brasil Ltda. (TAB).

Em 09/04/2001, foi aumentado o capital social da TAB, no montante de R\$ 345.906,057,00 (em dinheiro), subscrito e integralizado pela Telecom Americas Ltd. Nessa mesma data, a Telecom Américas do Brasil Ltda. ingressou como acionista da IPÊ, subscrevendo 501.010.640 ações ordinárias “B”, no valor de R\$ 534.436.398,60, integralizadas por meio de um cheque de R\$ 344.592.609,30 e uma nota promissória de US\$ 87.805.434,00, correspondente a R\$ 189.843.789,30, emitida pela Telecom Americas Ltd. em favor da TAB, que foi endossada para a IPÊ (o capital social da IPÊ passou para R\$ 628.330.220,00).

O valor de R\$ 313.165.110,00 foi destinado para capitalização e o montante remanescente de R\$ 220.271.288,60 (posteriormente o valor foi retificado para R\$ 221.271.288,60) à formação da conta reserva de ágio para futura capitalização.

Ato contínuo, foi reduzido o capital social da IPÊ para R\$ 314.165.110,00, mediante resgate de ações com a utilização do saldo de reservas, retirando-se da sociedade a Algar Empreendimentos, que recebeu em pagamento parte em dinheiro e a nota promissória de US\$ 87.805.434,00, totalizando o valor de R\$ 534.436.398,60.

Vejamos tal operação de modo gráfico:



Segundo a fiscalização, o que ocorreu na prática foi que, mediante operação conhecida como casa-separa, o grupo Algar alienou a IPÊ, sociedade cujo único ativo eram ações da TESS, ao grupo Telecom Americas, por intermédio da TAB. Ou seja, a Algar Telecom S.A.(ex-Lightel) alienou parte das ações que ela detinha na TESS S.A. para a Telecom Américas Ltd., utilizando a Ipê Participações S.A. e a Telecom Américas Brasil Ltda.-TAB como canais de trânsito.

Adiante, infere-se que ocorreram sucessivas operações societárias, em que teve a Ipê Participações SA e a TAB como empresas veículo, pois a real adquirente das ações da TESS era a Telecom America Ltd. - empresa sediada no exterior, tendo o grupo Algar como o polo vendedor da operação.

Tal situação foi explanada pela Recorrente. Isso ocorreu sobretudo pelo fato da legislação de telecomunicações não permitir que empresas estrangeiras possuam o controle direto ou indireto de empresas brasileiras detentoras de concessão, permissão ou autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações. Dessa forma, o controle da TESS SA não poderia ser exercido diretamente pela Telecom Américas Ltda, por estar sediada no exterior.

Assim, tendo em vista as motivações extratributárias apontadas pela Recorrente como impeditivas para que o negócio se operasse pela via mais simples. O uso da empresa veículo nesse caso, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, não sendo vedada pela legislação.

Ademais a via "direta", isto é, sem a utilização da empresa veículo que permitiria o aproveitamento do ágio sem qualquer questionamento, encontrava óbices societários e regulatórios demandados pela ANATEL.

Nesse sentido, este colegiado já se manifestou conforme ementa do voto proferido pelo Conselheiro Waldir Veiga Rocha

AGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE.

Não é ilícita a conduta do investidor que adquire diretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio. Não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "*direta*", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL). - 16561.720036/2014-00

Entendo, portanto, que a Recorrente tinha motivos para se organizar utilizando a empresa veículo e depois amortizar o ágio. No setor de Telecomunicações a utilização de empresas holdings não é apenas prática corriqueira de mercado, mas decorre da exigência legal do próprio setor.

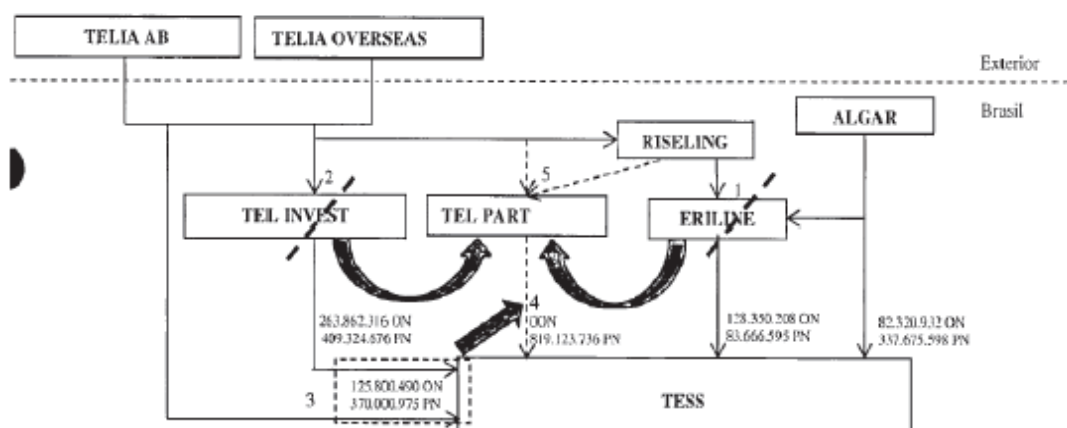
Outrossim, ressalta-se que o ágio foi apurado diretamente pela holding, que investiu na empresa operacional, pagando por elas um preço acima de seu valor patrimonial com base em sua rentabilidade futura. Ao final, como esperado, as operacionais incorporaram as holdings, por uma questão de substância econômica, passando o ágio a ser amortizável para fins fiscais.

Note-se, ainda, que a utilização de tais empresas holdings não gerou um novo ágio. Não foi obtida, com as operações em questão, a criação de qualquer vantagem fiscal que já não fosse prevista pela legislação tributária para a situação em que se encontravam as empresas sucedidas pela Recorrente. Elas não praticaram atos para obter um tratamento fiscal mais benéfico, ao qual elas não teriam direito. Havia um interesse de cunho regulatório a guiar os atos praticados e não um interesse fiscal de obter um benefício que, de outro modo, as leis tributárias não garantiriam.

Nesse sentido, entendo que deve ser cancelada a exigência fiscal no valor de deste item 4.1 no que tange ao ano-calendário de 2013.

1.2. ÁGIO TEL PARTICIPAÇÕES (item 4.2 - p. 72 do TVF)

As empresas Tel Investimentos e Tel Participações encontra-se inseridas na seguinte estrutura societária.



- 1 - Cisão Parcial desproporcional da Eriline, com versão de 39.798.085 PNs de emissão da TESS para a Tel Participações. Subscrição do aumento de capital da Tel Participações, apenas pela Riseling recebe ações da TEL PARTICIPAÇÕES.
 2 - Cisão Parcial da Tel Investimentos com transferência de 409.324.676 PNs de emissão da TESS para a Tel Participações. Telia AB e Telia Overseas (acionistas da Tel Investimentos) recebem ações da Tel Participações.
 3 - Conferência de 370.000.975 PNs detidas pela Telia AB e Telia Overseas ao capital da Tel Participações.
 4 - Tel Participações passa a deter ações preferenciais de emissão da TESS.
 5 - Riseling, Telia AB e Telia Overseas recebem ações de emissão da Tel Part

Vejamos o histórico cronológico das operações traçado pela decisão da DRJ:

Tel Participações tinha como acionistas a Telia Overseas e a Telia AB.

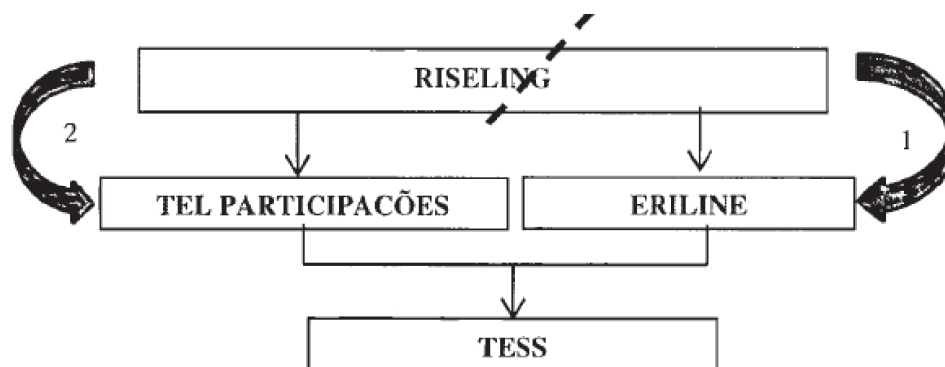
Em 28/02/2001 a Eriline foi cindida parcial e desproporcional com a versão das parcelas cindidas para a IPÊ (empresa constituída pela Algar) e para a Tel Participações. O Acervo líquido vertido para a Tel Participações foi de 39.798.085 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas e R\$ 24.876.403,00, tendo sido, por consequência, aprovado o aumento de capital da Tel Participações, mediante a emissão de 24.876.403 ações ordinárias, pelo valor de R\$ 24.876.403,00, subscritas exclusivamente pela Riseling e integralizadas com o acervo cindido da Eriline.

Na sequência, a Tel Investimentos foi cindida parcialmente com a versão da parcela cindida para a Tel Participações, constituindo-se de 409.324.676 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 255.854.666,00, conforme laudo de cisão. Em razão disso, foi aprovado o aumento do capital da Tel Participações em 255.854.666 ações ordinárias, no valor total de R\$ 255.854.666,00. Sendo, 121.908.994 da acionista Telia AB e 133.945.672 da Telia AB Overseas, equivalentes às cotas detidas por esses acionistas na Tel investimentos.

Em seguida (ainda em 28/02/2001), foi aprovado um novo aumento de capital na Tel Participações mediante a emissão de 370.000.975 ações ordinárias, ao valor de R\$ 370.000.975,00, subscritas e integralizadas por Telia AB (222.000.000 ações com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS) e Telia AB Overseas (148.000.975 ações, também, com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS).

Em consequência dessas operações, a Tel registrou um ágio de R\$ 138.726.191,00, alterando-o depois para R\$ 153.505.206,50.

Em 01/03/2001, a outra empresa (Riseling), que possuía investimentos na Tel Participações e na Eriline, foi cindida, vertendo a parcela referente ao investimento na Tel Participações para a própria Tel Participações e a parcela referente ao investimento na Eriline para a própria Eriline. Operação sem o registro de ágio.



1 - Cisão da Riseling com versão do investimento na Eriline para a própria Eriline
2 - Cisão da Riseling com versão do investimento na Tel Participações para a própria Tel Participações

Esta operação não registrou ágio passível de aproveitamento para fins fiscais.

Note-se que até aqui essas operações não envolveram empresas pertencentes ao Grupo América Móvil Ltd., mas somente empresas pertencentes ao grupo Telia (Telia Overseas e Telia AB).

Como se nota, as operações supracitadas ocorreram dentro de um contexto de dependência ao interesse econômico do grupo, não havendo a transferência da titularidade para terceiros, bem como respectivo desembolso.

Este Colegiado já se manifestou pela necessidade da presença de partes independentes na transação para a formação do ágio e, por conseguinte, a obtenção de seu reconhecimento econômico e contábil. Confira-se:

"Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona esse aspecto), do ponto de vista econômico o registro do ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes. (...)“(Acórdão n.º 105-17.219 - 05/12/2007)

Como bem traz a decisão, a orientação da CVM nos termos de seu Ofício circular CVM SNC/SEP nº 1/2007 em que dispõe que o “ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método de equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo”.

Ainda ressalta que “do ponto de vista econômico, o registro do ágio, em operações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação”.

Apesar de ser uma orientação contábil, o papel do laudo de avaliação é prescindível quando a transferência das ações ocorre sem a participação de terceiros, sendo que, ao final da transação, a titularidade das participações societárias é mantida pelo grupo.

Nessa linha, o Pronunciamento Técnico CPC 15, que trata de Combinação de Negócios, já aprovado pela Deliberação CVM 580/2009, diz textualmente que suas disposições somente admitem o registro de ágio derivado de uma efetiva operação de aquisição de negócio e, portanto, não são aplicáveis a operações que não atendam a essa definição, tais como as combinações de negócios de entidades sob controle comum.

A doutrina, por sua vez, também reconhece a dificuldade de se avaliar a substância econômica de uma operação realizada entre empresas sob controle comum, na medida em que este substrato deveria representar riqueza nova, como se observa na lição extraída do Manual de Normas Internacionais de Contabilidade publicado pela Ernst & Young e Fipecafi:

(...) A expressão substância econômica empregada pela CVM em seu Ofício-Circular de 2007 diz respeito à geração de riqueza (mais-valia) e, quando a transação é efetuada entre empresa sob controle comum, nenhuma riqueza é efetivamente gerada. (MACHADO, Paulo José; MORAES, Wilson José Ozório e RELVAS, Tânia Regina Sordi. IFRS 3 – Combinação de negócios In Ernest & Young e Fipecafi. Manual de Normas Internacionais de Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2009. p. 196.)

É importante destacar que existe uma dificuldade inerente à avaliação da ‘substância econômica’ em combinações de negócios ocorridas entre empresas sob controle comum e a simples existência de minoritários (não controladores) não é suficiente para caracterizar a ‘substância econômica’ de uma transação desse tipo. Além disso, o goodwill (ágio fundamentado em rentabilidade futura) gerado em transações entre empresas do grupo será eliminado no consolidado da controladora final e, portanto, torna-se inconsistente o reconhecimento de goodwill gerado internamente, pois do ponto de vista do grupo não houve geração de riqueza (mais-valia). A determinação do verdadeiro propósito da transação entre partes relacionadas é altamente subjetiva.

Portanto, entendo que a glosa do ágio neste item relativo ao ano-calendário de 2013 deve ser mantida.

1.3. ÁGIO TEL INVESTIMENTOS – (item 4.3 - p. 77 DO TVF)

Igualmente da Tel Participações, a Tel Investimentos possuía como acionistas a Telia Overseas e a Telia AB. Vejamos as operações descritas:

Em 28/02/2001 foi aumentado o capital social da Tel Investimentos mediante a emissão de 75.480.000 e 50.320.490 novas quotas, subscritas e integralizadas pela Telia AB e Telia Overseas mediante a conferência de 75.480.000 e 50.320.490 ações ordinárias de emissão da TESS por elas detidas, nos valores de R\$ 75.480.000,00 e R\$ 50.320.490,00, respectivamente. Foi registrado um ágio de R\$ 47.166.932,68, fundado na expectativa de rentabilidade futura. Posteriormente, o ágio foi alterado para R\$ 49.283.136,72.

Percebe-se aqui a mesma situação do ágio gerado nas operações que envolveram a Tel Participações, pois o aumento de capital envolveu somente empresas do mesmo grupo econômico.

Patente a artificialidade da operação que teve como intuito a alocação do ágio gerado sem a participação de terceiro, visando exclusivamente a redução da tributação.

Assim, resta prejudicado o ágio originado na organização societária do grupo, sobretudo, por não possuir substrato econômico em razão de não ter sido praticada entre partes independentes.

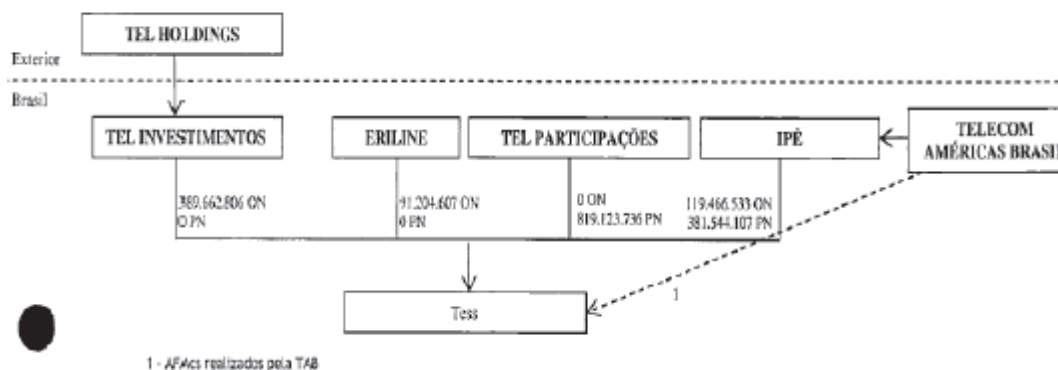
Desta forma, voto por manter a exigência do ágio quanto a este item do TVF, relativo ao ano-calendário de 2013.

1.4. O ÁGIO NA TAB DECORRENTE DA CAPITALIZAÇÃO DOS AFACs NA TESS S.A. - (item 4.4 - p. 79 do TVF)

Vejamos o histórico cronológico das operações traçado pela decisão da DRJ:

O grupo Telecom Américas Ltd., por meio da Telecom Américas Brasil - TAB, efetuou diversos adiantamentos para futuro aumento de capital – AFACs, no total de R\$ 2.020.528.914,00 entre 26/03/2002 e 30/03/2004, capitalizando a TESS S/A, cujos contratos previam que esses valores seriam convertidos em ações da TESS, mediante notificação da TAB, tão logo fosse permitida a transferência do controle acionário dessa empresa.

É importante nesse momento visualizar a estrutura acionária da TESS S/A:



Em 27/09/2004 a Tel Holdings (sediada no exterior) foi incorporada pela Telecom Americas Investments Ltd. - TAIL (também sediada no exterior).

Em 27/09/2004 foi constituída a Claro Telecom Participações S/A (Claro Participações).

Em 26/10/2004 a Tel Holdings conferiu suas ações de emissão da Tel Investimentos, da Tel Participações e da Eriline ao capital da Claro Participações, subscrevendo novas ações emitidas pela Claro Participações, que passou a ser a nova sócia dessas sociedades.

Em 28/10/2004, depois da anuência da ANATEL para que a Telecom Américas adquirisse o controle da TESS, a Telecom Américas Brasil exerceu a opção de capitalizar os AFACs, subscrevendo e integralizando 2.020.528.914 ações

de emissão da TESS. Nessa operação a TAB contabilizou um ágio de R\$ 1.117.580.993,00, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

Ressalta-se que os recursos para os aportes de capital efetuados pela Telecom Américas Brasil foram originários da Telecom Américas Ltd. (cuja sede é Bermudas), enviados a título de aumento de capital daquela e que eram imediatamente repassados quase que na totalidade à TESS como AFACs.

Nesta data, 28/10/2004, a Telecom Américas Brasil Ltda. foi cindida, sendo parte do patrimônio incorporado pela Claro Telecom Participações e parte pela IPÊ Participações. Na parte da IPÊ Participações foi o ágio tratado anteriormente.

Em 29/10/2004 a IPÊ Participações foi incorporada pela TESS S/A (sua controlada).

Em 31/12/2005 a TESS S/A foi incorporada pela Claro S/A (BCP à época), que passou a deduzir o ágio inicialmente contabilizado pela Telecom Américas Brasil Ltda.

Do acima, infere-se que em 27/09/2004, a TEL holdings (sediada no exterior) foi incorporada pela Telecom Americas Investments Ltd. - TAIL (também sediada no exterior). Isto é, em setembro de 2004, o grupo Telecom Americas já detinha absoluto controle da TESS (como proprietária da IPÊ, da TEL PARTICIPAÇÕES e agora da TEL INVESTIMENTOS).

A decisão entendeu que, a capitalização dos AFACs se deu num contexto intragrupo. A investidora (formal) TAB era controlada pela Telecom Américas Ltd, e a investida TESS, desde 27/09/2004, era igualmente controlada (indiretamente) pela mesma Telecom Américas Ltd. O ágio contabilizado nessa ocasião é evidentemente um ágio intragrupo.

No entanto, a fiscalização não imputou nenhuma infração à legislação tributária, se limitando a descrever os históricos das operações societárias e o surgimento do ágio, conforme fls. 1955 a 1957. Dessa maneira, nos remete a capitulação genérica do TVF, isto é, , a criação de empresas veículo sem propósito negocial e de que o real adquirente é a empresa estrangeira, inexistindo a confusão patrimonial.

Dessa maneira, não antevejo a alegação de ágio interno aqui nesse item como alega a decisão, visto que se trata operação de alienação de participação societária, entre partes independentes, em que, em linhas gerais o Grupo Telecom Americanas realiza um aumento de capital na TAB para então realizar um aumento de capital via AFAC na TESS.

Portanto, trata-se de um ágio gerado por meio de empresa veículo em operação de aumento de capital, em que houve pagamento do ágio, realizada num contexto à época, em que havia norma proibitiva regulatória que vedava a real adquirente estrangeira de controlar empresas brasileira no setor da Telecomunicação.

Ademais, a fiscalização alega que a real adquirente é a empresa situada no exterior, o que evidencia que as operações se deu entre partes independentes. Nesse mister, aplica-se o mesmo raciocínio empregado no item 1.1, uma vez que havia um impeditivo legal na legislação de telecomunicação para que a adquirente estrangeira detivesse o controle das empresas operacionais brasileiras.

Dessa forma, o que ocorreu foi a confusão patrimonial entre as empresas brasileiras e posteriormente, após a liberação do controle direto das Telecoms pela ANATEL em 2004, também foram incorporadas pela empresa Recorrente que é pertencente ao grupo da América Móvel.

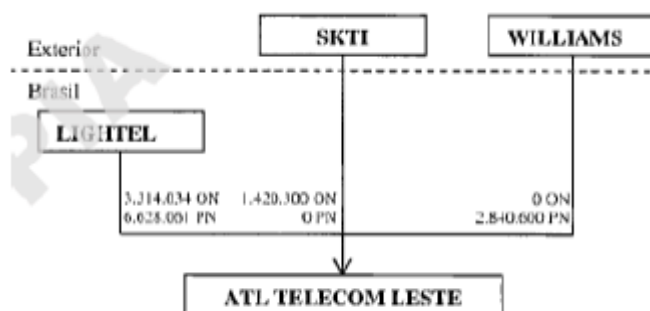
Portanto, conforme explanado no item acima, a simples acusação em relação as empresas veículos não devem prosperar, pois já restou configurado o propósito negocial e razões extratributárias.

Assim, voto por cancelar a glosa do ágio relativa a este item 4.4 do TVF, relativa ao ano-calendário de 2013.

2. DOS ÁGIOS CARREADOS PARA A ALT (ITEM 3 DO AIIM)

2.1. ÁGIO JOHI - AI item 3.1 - p. 28 do TVF.

Como o ágio da Johi decorrente de aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A., cumpre contextualizar a constituição societária da ATL. A referida empresa foi constituída em 26/03/1988, tendo como acionistas as empresas Lightel S/A (empresa do grupo Algar), SK Telecom International Inc. (SKTI) e Construtora Queiroz Galvão S/A.



Destaca-se que a Lightel S.A. era acionista, com 70% das ações ordinárias e preferenciais da empresa ATL Algar Telecom Leste S.A., juntamente com as empresas SKTI, LLC, que detinham 30% das ações ordinárias e 10% das ações preferenciais, Willians Internacional Telecom Ltda e membros do Conselho de Administração com 20% das ações preferenciais.

Vejamos o histórico cronológico das operações traçado pela decisão da DRJ:

Em 03/03/1999, foi constituída a Johi Participações, tendo como sócios os senhores José Inácio Pereira e Hilo Martins dos Santos.

Em 23/03/1999, a Lightel (Algar Telecom) adquiriu 999 cotas do capital da Johi Representações (que era de R\$ 1.000,00).

(A Lightel também detinha 70% das ações ordinárias e preferenciais da ATL).

Nesta mesma data foi aprovado um aumento de capital da Johi de R\$ 500.850.000,00, subscrito e integralizado pela Lightel mediante a conferência de ações da ATL. Em decorrência desse aumento de capital, foi registrado na Johi um ágio de R\$ 324.057.272,88.

Logo em seguida (26/03/1999), a Lightel retirou-se do quadro societário da Johi, transferindo suas cotas à Williams International Telecom Ltd. e Williams International ATL Ltd. para a quitação de uma dívida, no valor de R\$ 435.875.000,00, e mais um pagamento em dinheiro de R\$ 26.152.500,00, totalizando R\$ 462.027.500,00.

Infere-se que a Lightel, detentora de 99,9% do capital da Johi, efetua uma avaliação econômica do seu investimento na ATL e utiliza-se desse resultado para aumentar o capital da Johi mediante a entrega de 500.850.000 ações da ATL.

Desse modo, ao contabilizar o investimento, a Johi lançou R\$ 500.850.000 na conta Capital, tendo como contrapartidas os valores de R\$ 324.057.272,88., lançados a título de ágio

Pois bem. Trata-se de um ágio gerado internamente, eis que a Lightel, “alienante” das ações da ATL, comandava também a “adquirente” das de tais ações (Johi).

Conforme salientou a autoridade autuante, foi constituída uma empresa capitalizando-a com ações de sua propriedade, avaliadas acima do valor patrimonial da investida, gerando um ágio e, em ato concomitante, transfere-se a empresa para terceiros, tendo em vista o aproveitamento do ágio: “a transferência das quotas da Johi, para as Williams, foi feita com um ágio interno embutido no valor das mesmas, gerado por uma reavaliação efetuada pela Lightel nas ações da ATL Algar Telecom Leste S/A. de sua propriedade” (p. 34 do TVF).

Assim, o ágio foi gerado internamente entre as empresas brasileiras Lightel e ATL, e depois foi criada a empresa veículo Johi, para que o ágio que pertenceria as Williams pudesse ser futuramente amortizado.

Frisa-se por oportuno, como asseverou a fiscalização, que a Recorrente não transferiu as participações societárias a valor de mercado, o que contraria a legislação de regência (lei 9.532/97).

Assim, por se tratar de um ágio interno, conformes razões já expostas no item 3, transações ocorridas dentro do mesmo grupo, bem como pela reavaliação não ter observado a valorização de mercado, como a transação tivesse sido ocorrida entre partes independentes.

Assim, entendo que o item 3.1 da autuação fiscal relativo ao ano-calendário de 2013 deve ser mantido.

2.2. ÁGIO DA JOHI AFACs para a ATL (3.2, p. 28 do TVF)

Ainda nos reportando aos itens 3.1 e 3.2 do TVF, houve também o registro de ágio quando da capitalização de AFACs que a JOHI concedeu à ATL. Vejamos as sucessões das transações trazidas pela decisão *a quo*:

Em 27/03/2000 a Johi Representações aumentou seu capital de R\$ 500.851.000,00 para R\$ 760.936.000,00, subscrito pela quotista Williams International ATL Limited (99,99% do capital), a qual remeteu U\$ 150.000.000,00, que, convertido, atingiu o montante de R\$ 260.085.000,00.

Nessa mesma data a Johi fez o aporte de R\$ 259.096.500,00 na ATL a título AFAC.

Em 24/08/2001 a AM Latin América Ltd, (Grupo América Móvil) adquiriu a Johi Holdco (nova denominação da Williams ATL, controladora da Johi) e totalidade das ações de emissão da Johi.

Em 13/06/2002 a Telecom Américas Ltd. ingressou na Johi, subscrevendo 82.299.000 cotas a R\$ 1,00, passando o capital para R\$ 843.277.565,00, sendo 760.978.565 cotas da Johi Holdco e 82.299.000 da Telecom Américas.

No período de 13/06/2002 a 15/07/2004, a Telecom Américas Ltd. efetuou sucessivos aumentos de capital na Johi, que imediatamente realizava investimentos na ATL por meio de AFACs. O investimento total na Johi foi de R\$ 1.683.548.129,00 e o total dos investimentos da Johi na ATL, realizados por meio de AFACs, foi de R\$ 1.681,140,429,56.

Em 30/09/2004, depois que a ANATEL aprovou a transferência do controle da ATL, a Johi exerceu a opção de capitalizar os AFACs de R\$ 1.681.140.600,00. Nessa operação foi registrado o ágio de R\$ 814.559.582,00, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da ATL. Posteriormente, o ágio foi alterado para R\$ 903.231.375,58.

Com efeito, cumpre relembrar que desde 2001, conforme item 20 das notas Explicativas às Demonstrações Financeiras, publicadas pela ATL Algar Telecom Leste S/A, relativas ao ano-calendário de 2001, a AM Latin America Ltd., empresa do Grupo América Movil, adquiriu da Williams Communications, LLC e Williams International Telecom Limited (as duas últimas em conjunto referidas como "Williams") a totalidade das quotas de emissão da Johi Holdco Ltd. ("Johi Holdco") e Johi Representações Ltda. ("Johi") (vide TVF p. 39/41).

Johi Holdco e Johi Representações Ltda., em conjunto detinham 65,6% das ações preferenciais e 19% das ações ordinárias de emissão da ATL, totalizando 50% do capital desta (p. 39 do TVF).

Em 13 de junho de 2002, a empresa TELECOM AMÉRICAS LTD. Sociedade organizada e existente de acordo com as Leis das Bermudas, ingressa na sociedade JOHI subscrevendo 82.299.000 quotas a R\$ 1,00, passando o capital para R\$ 843.277.565,00. A composição do capital da JOHI passa a ser (p. 41 do TVF):

QUOTISTA	QUOTAS	VALOR - R\$
JOHI HOLDCO LIMITED	760.978.565	760.978.565,00
TELECOM AMÉRICAS LTD.	82.299.000	82.299.000,00
TOTAL	843.277.565	843.277.565,00

Importante mencionar, também, que em 2002 a América Movil S.A. de C.V. (América Movil) adquiriu toda a participação societária que a Bell Canadá International tinha na Telecom Americas Ltd.(acionista indireta da ATL no Brasil).

Ainda em 2002, a América Movil adquiriu a participação da SBC International, Inc. (SBCI) que esta detinha na Telecom Américas.

Em consequência dessas aquisições levadas a cabo no exterior, a América Movil aumentou, para 96,01%, sua participação na Telecom Américas.

Do exposto acima, depreende que os ágios foram gerados a partir de aportes/aumento de capital na controlada no exterior - Williams e Telecom América Ltda., empresas independentes da empresa nacional ATL.

Somente em 2004, quando autorizado pela ANATEL, que a ALT teve seu controle alterado, que a Johi passou a capitalizar os AFacs e em momento posterior ocorrer a incorporação da John pela ALT.

Portanto, deflagra que a originação do ágio ocorreu entre partes independentes, não se tratando de ágio interno

A própria fiscalização afasta a interpretação de ágio interno quando aponta que as reais adquirentes são empresas situadas no exterior e que por isso não teria ocorrido a confusão patrimonial prevista no artigo 386 do RIR/99.

No que tange, a acusação genérica do auto de infração, de que foi utilizado empresa veículo sem propósito comercial, e que a real adquirente eram empresas estrangeira, invoco o meu entendimento exposto no item 1 acima, de modo que a exigência deste item deve ser cancelada.

2.3 Ágios SÂNDALO (item 3.3, p. 49 do TVF)

Vejamos cronologia dos atos societários, conforme apontada pela fiscalização.

A Sândalo foi constituída em 18/06/1999, tendo como sócios a Algar S/A – Empreendimentos e Participações, Dílson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha (estes com menos de 1% do capital).

Em 18/12/1999 foi aprovado um aumento de capital da Sândalo em R\$ 44.668.000,00, subscrito e integralizado pela Algar S/A através da conferência ao seu capital social de 2.556.539 ações preferenciais de emissão da ATL, com ágio de R\$ 6.488.000,00.

Como se vê, esse ágio foi gerado internamente, sem o substrato econômico das operações entre terceiros independentes. A Algar S/A - Empreendimentos e Participações, detentora de mais de 99% do capital da Sândalo, efetuou uma avaliação econômica do seu investimento na ATL e utilizou esse resultado para aumentar o capital da Sândalo, mediante a entrega de ações da ATL. Isto é: o aumento de capital da Sândalo foi realizado sem que houvesse um desembolso financeiro pela subscrição do investimento. Logo, não houve nenhum custo que justificou a contabilização do ágio. Ou melhor, o ágio pode até ter uma justificativa para fins societários, mas sob o aspecto tributário não há justificativa, pois foi gerado em uma operação interna, situação condenada pela Comissão de Valores Mobiliários no OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2007, pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis na Orientação Técnica OCPC 02/2008 e pelo Conselho Federal de Contabilidade na Resolução CFC 1.110, acima transcritos.

Por ter sido gerado em operações entre pessoas jurídicas ligadas e interdependentes, não atende desde a sua origem aos requisitos de dedutibilidade constantes das normas contábeis e legais vigentes.

Na mesma data de 18/12/1999, foi aprovado novo aumento de capital da Sândalo, de R\$ 31.816.200,00, integralizado pela Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. com a entrega de ações de emissão da ATL, sem geração de ágio.

Em 29/12/1999, foi aprovado novo aumento de capital da Sândalo, que foi integralmente subscrito pela SBCI Brasil Participações Ltda. (SBCI Participações – grupo Telecom Américas – constituída em 02/12/1999) e integralizado, no montante de R\$ 591.723.238,50, mediante a entrega à Sândalo de duas notas promissórias nos valores de R\$ 322.759.311,17 e R\$ 268.963.927,33, vencíveis em 10/01/2000 e 28/03/2000. Nessa operação foi contabilizado um ágio de R\$ 558.738.118,50, do qual foi deduzido para fins fiscais o valor de R\$ 390.380.130,85.

Em 30/12/1999, foi reduzido o capital social da Sândalo mediante a restituição das respectivas ações detidas pelas empresas Algar S/A Empreendimentos e Participações; Algar Telecom S/A e Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. A SBCI Brasil Participações passa a ser a única acionista da Sândalo.

A NP de R\$ 322.759.311,17 foi utilizada para o pagamento do grupo Algar pela sua saída do quadro societário da Sândalo. O ágio glosado em relação à essa nota promissória foi de R\$ 284.579.871,17, porque o autuante considerou que os reais adquirentes das ações da Algar Telecom Leste S/A teriam sido a SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware). A SBCI Brasil Participações e a Sândalo Participações serviram apenas como canais de trânsito, pois, à época da entrega das notas promissórias (29/12/1999) a SBCI Participações teria um capital de apenas R\$ 1.000,00.

A SBCI Brasil Participações e a Sândalo Participações serviram apenas como canais de trânsito, pois, à época da entrega das notas promissórias (29/12/1999) a SBCI Participações teria um capital de apenas R\$ 1.000,00. No ágio de R\$ 284.579.871,17 está embutido o ágio de R\$ 6.487.574,93, gerado no aumento de capital, de R\$ 1.000,00 para 44.668.000,00, realizado em 18/12/1999 pela Algar Telecom, conforme acima tratado.

A NP de R\$ 268.963.927,33 foi endossada para a Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. e se extinguiu por confusão patrimonial com a sua

incorporação pela SBCI Participações em 31/12/2003 (pertencente ao grupo Telecom Américas desde 24/08/2001), em uma operação em que a devedora incorporou a credora (NP).

A referida nota promissória passou a fazer parte do ativo da SBCI Participações sem ter sido liquidada. O ágio glosado em relação a essa nota promissória foi de R\$ 105.800.259,68. Observa-se que o aumento de capital da Sândalo em R\$ 591.723.238,50 oportunizou a contabilização de um ágio de R\$ 558.738.118,50.

Segundo a fiscalização, no que diz respeito especificamente ao **ágio de R\$ 284.579.871,17, referente à NP de R\$ 322.759.311,17**, o real adquirente da participação da Algar na Sândalo (e consequentemente na ATL) foram as empresas estrangeiras SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), que forneceram os recursos à SBCI Participações para liquidação da referida NP, conforme se constata do TVF (p. 55):

Quando a SBCI Brasil Participações Ltda.-SBCIB entregou as notas promissórias, em 29/12/1999, para subscrever capital na Sândalo, constavam como quotistas dela(SBCI): **Doc 17**

SBCI Brasil Ltda. CNPJ 03.542.999/0001-47	-	999 quotas
Alberto de Orleans e Bragança	-	1 quota

Por sua vez, os quotistas majoritários de um capital de 1.000 quotas da SBCI Brasil Ltda., controladora da SBCI Brasil Participações Ltda, nesta data, eram: **Doc. 18**

SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) -	498 quotas
Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware) -	498 quotas

Em 11/01/2000, a SBCI Brasil Participações Ltda. aumenta o seu capital em R\$ 629.976.404,00, subscrito por: **Doc.19**

SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) -	R\$ 314.988.202,00
Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware) -	R\$ 314.988.202,00

A capitalização foi efetuada por meio de remessas em moedas estrangeiras pelas empresas acima, em favor da SBCI Brasil Participações Ltda.

É de se concluir que parte desses recursos foram utilizados para pagamento ao grupo mineiro (Algar Telecom S.A. ex- Lightel e Algar S.A. Empreendimentos e Participações) pela aquisição das ações da ATL.

Isto significa dizer que os reais adquirentes das ações da Algar Telecom Leste S/A. - ATL foram a SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware).

A SBCI Brasil Participações Ltda. e a Sândalo Participações S.A. serviram apenas de canais de trânsito, haja vista que, à época(29/12/1999) da entrega das notas promissórias de aproximadamente R\$ 600 milhões, pela SBCI Participações, ela tinha um capital apenas de R\$ 1.000,00.

Conforme se verifica da narrativa dos fatos acima, a fiscalização glosou o ágio em epígrafe, por entender que não ocorreu a confusão patrimonial e que as empresas Sândalo e SBCI Brasil Participações Ltda eram empresas veículo sem propósito comercial, eis que considerou os reais adquirentes a SBC Internacional Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware). (artigo 386 do RIR/99).

No presente caso, a aquisição se deu integralmente com recursos aportados por SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware) – aumento de capital realizado em 11/01/2000, de R\$ 1.000,00 para R\$ 629.976.404,00, que seriam utilizados para quitar as NPs, vencíveis em 10/01/2000 e 28/03/2000.

Como afirmado acima, apenas a NP de R\$ 322.759.311,17 foi efetivamente paga e o real adquirente foi a SBC Internacional Braisl Holding e Telmex Wireless Brasil LLC, por meio da SBC Brasil Participações, como demonstrado. (todas empresas do grupo Telecom Américas).

Passemos a análise individual dos ágios da Sândalo (Ágio 1 - Algar - Sândalo - ALT/ Ágio 2 Algar e SBCI - Sândalo - ALT / Ágio 3 SBCI - Sândalo - ALT).

Com relação subscrição de capital de propriedade da Algar Telecom S.A.(ex-Lightel). a qual entregou para a Sândalo 2.556.439 ações PN da ATL, no valor total de R\$ 44.667.000,00, ou seja, entregou ações, a título de subscrição de capital, ao valor unitário de R\$ 17,4717.

O valor atribuído às ações da ALT foi acima do patrimonial (PL da ATL / nº de ações = R\$ 212.108.000,00 / 14.203.000 = R\$ 14,9340), sendo que R\$ 17,4717 – R\$ 14,9340 = R\$ 2,5377 x 2.556.439 ações = R\$ 6.487.574,93

A Sândalo ao receber as ações da ATL por um valor superior ao patrimonial, registrou no seu patrimônio líquido um valor de R\$ 44.667.000,00, tendo como contrapartida no seu ativo o valor de R\$ 38.179.425,07 e um ágio de R\$ 6.487.574,93, em consonância com a regra o artigo 385 do RIR/99.

Conforme visto, a fiscalização entendeu que esse ágio foi gerado internamente, sem a participação de terceiros, visto que se trata de uma mera reavaliação realizada pela Algar Telecom nas ações da Algar Telecom Leste S/A.- ATL, a qual é detentora.

Isso porque o fato da ALT possuir quase a totalidade do capital social da Sândalo mediante a entrega de ações da ALT por meio de aumento de capital da Sândalo, sem o efeito desembolso financeiro por tal subscrição, não acarretaria a geração do ágio.

Portanto, concordo com a análise da fiscalização, vez que não há substrato econômico e a operação se deu num contexto interno, sem partes independentes envolvidas, de modo que deve ser mantida esta parte da glosa

Por sua vez, no tocante ao ágio R\$ 284.579.871,17 gerado pela Nota Promissória de R\$ 322.759.311,17, entendo que o entendimento fiscal não deve prosperar.

Isso porque a operação referente a nota promissória de R\$ 322.759.311,17 , seu deu por meio de partes não relacionadas, isto é, grupos distintos grupo Algar e o SCBI (grupo Telecom Américas).

Além disso, ficou consignado nos autos que houve o efetivo desembolso na participação da Sândalo por meio da referida nota promissória, resultando na geração do ágio. Lembrando ainda que, conforme já citado nos itens acima, as empresas veículos só foram criadas por conta do impeditivo regulatório para que as empresas estrangeiras pudessem ter presença no Brasil

Assim, com base na argumentação do item 1, entendo que para o segundo ágio relativo a nota promissória de R\$ 322.759.311,17 , a autuação deve ser cancelada.

Por fim, com relação ao ágio de R\$ 105.800.259,68 gerado com base na Nota Promissória de R\$ 268.963.927,33, a fiscalização entendeu não houve o efetivo pagamento, haja vista a não liquidação do título de crédito.

O agente fiscal entendeu não pagamento se deu em razão da confusão patrimonial ocorrida em 2003 com a incorporação da empresa Algar pela SBCI Participações, a qual já pertencia ao grupo Telecom desde 2001.

Concordo com o entendimento do fiscal, visto que com a incorporação da Algar pela SCBI, isto é, credora e devedora a referida Nota Promissora não foi adimplida, de forma que deve ser mantida a glosa do ágio no importe de R\$ 105.800.259,68 deve ser mantida

Portanto, mantenho o ágio de R\$ 6.487.574,93 relativo a operação da Algar Sândalo e Alt, cancelo a glosa do o ágio de R\$ 278.092.296,17 relativo operação da Algar e SBCI , Sândalo e ALT (NP R\$ 322.759.311,17) e mantenho o ágio de R\$ 105.800.259,68 relativo a operação SBCI, Sândalo e ALT (NP de R\$ 268.963.927,33).

2.3 Ágio SBCI Participações (item 3.4 do TVF)

Vejamos os eventos societários narrados pela decisão *a quo*:

Em 30/11/1999 foi constituída a Algar Telecom Participações S.A. (ATL Participações), tendo como sócios a Algar S/A Empreendimentos e Participações, Dílson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha.

Em 18/12/1999 foi aprovado um aumento de capital da Algar Telecom Participações com a emissão de novas ações, que foram subscritas e integralizadas pela Algar Telecom S/A (anteriormente Lightel) com a conferência de 2.414.511 ações ordinárias de emissão da ATL.

Logo em seguida, em 29/12/1999, foi deliberado novo aumento de capital da Algar Telecom Participações, através da emissão de 1.810.883 novas ações (ordinárias e preferenciais) ao preço de R\$ 228.621.936,70, subscritas pela SBCI Participações e integralizadas mediante a entrega de nota promissória nesse valor. Essa operação resultou em um ágio de R\$ 196.982.436,70, do qual foi utilizado o valor de R\$ 112.561.401,56.

Em 30/12/1999 foi deliberado o resgate de parte das ações ordinárias classe A detidas pela empresa Algar S.A. Empreendimentos e Participações e a redução do capital mediante a restituição de suas respectivas ações. A nota promissória foi utilizada para o pagamento da Algar Telecom S.A., que se retirou da sociedade.

Para o autuante, a exemplo do que ocorreu com a Sândalo, a Algar Telecom S.A. (Lightel) alienou parte das ações que detinha na ATL – Algar Telecom Leste para a SBCI Brasil Participações Ltda, utilizando-se da ATL Participações S/A (ex Algar Telecom Participações S/A) como canal de trânsito. A SBCI Participações também teria sido um canal de trânsito, pois o recurso para ela pagar a nota promissória veio de fora do Brasil, ou seja, da SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e da Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), que foram os reais adquirentes das ações da ATL. Nos termos expostos à p. 62 do TVF:

A ESSÊNCIA DO NEGÓCIO: a exemplo do que ocorreu com a Sândalo, descrito anteriormente, a Algar Telecom S.A.(ex-Lightel) alienou parte das ações que ela detinha na **ATL – Algar Telecom Leste (ATL–TELECOM LESTE S.A.)** para a **SBCI Brasil Participações Ltda.**, utilizando a **ATL PARTICIPAÇÕES S.A.(ex- Algar Telecom Participações S.A.)** como canal de trânsito.

Na verdade, a SBCI Participações também foi canal de trânsito, pois o recurso para ela pagar a nota promissória veio de fora do Brasil, ou seja, da **SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman)** e da **Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware)**.

Doc.16E

Vale lembrar que, em 11/01/2000, a SBCI Brasil Participações Ltda. aumentou o seu capital em R\$ 629.976.404,00, subscrito por: **Doc.19**

SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) -	R\$ 314.988.202,00
Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware) -	R\$ 314.988.202,00

A capitalização foi efetuada por meio de remessas em moedas estrangeiras pelas empresas acima, em favor da SBCI Brasil Participações Ltda.

Conclui-se, destarte, que a **SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman)** e a **Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware)** foram os reais adquirentes das ações da **ATL – Algar Telecom Leste (ATL–TELECOM LESTE S.A.)**.

Adiante a fiscalização aponta, conforme fls 1939/1940:

Frise-se que, em 27/11/2003, a SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) e a AM Latin Americas, LLC(anteriormente denominada Telmex Wireless Brasil LLC), transferem suas quotas para a Telecom Américas Ltd., conforme 7ª alteração contratual da SBCI Brasil Ltda., controladora da SBCI Brasil Participações Ltda. (Docs. 16 L e M)

Em 26/10/2004, com a incorporação da SBCI Brasil Ltda. pela sua controlada SBCI Brasil Participações Ltda., a Claro Telecom Participações S.A.(holding constituída para abrigar os investimentos mexicanos no Brasil, em 27/09/2004) passa a ser a única quotista da SBCI Brasil Participações Ltda. (Docs. 11A e 11B).

Em 27/10/2004, a SBCI foi totalmente cindida e incorporada por suas controladas, dentre elas, a ATL PARTICIPAÇÕES S.A.(ex- Algar Telecom Participações S.A.). (Docs. 11C e 11D)

Foi uma cisão seguida de incorporação, isto é, na cisão da SBCI separaram-se as parcelas que se referiam a cada uma das suas controladas, Sândalo e ATL Participações S.A., CNPJ nº 03.535.120/0001-81.

De um lado ficou parcela cindida da SBCI controlando Sândalo e do outro, a parcela cindida da SBCI controlando ATL Participações.

ATL Participações incorpora a parte cindida da SBCI, fazendo com que o ágio, originalmente surgido em decorrência da subscrição de capital com notas promissórias, fosse canalizado para a própria ATL Participações.

Como já mencionado, este ágio foi aproveitado tributariamente no futuro.

Dois dias depois (29/10/2004), a ATL Participações foi incorporada pela sua controlada ATL – Algar Telecom Leste (ATL–TELECOM LESTE S.A.) e esta, foi incorporada em dezembro de 2005 pela Claro S/A., CNPJ nº 40.432.544/0001-47, a qual começou, a partir de meados de 2008, aproveitá-lo tributariamente.

Infere-se duas motivações principais que motivaram a glosa desse item: (i) reais adquirentes ser empresas estrangeiras (SBCI e Telemex Wireless Brasil LLC) e (ii) falta de propósito negocial das empresas veículos.

Tais argumentos não devem prosperar. Isso porque a operação ocorreu num contexto sem partes relacionadas (Algar, SBCI Par e Alt Par, Alt), ademais, conforme já citado nos itens acima, a utilização de empresa veículo foi devido a óbice da norma regulatória.

Em linha argumentativa do que já foi decidido nos itens acima, entendo que a glosa relativa ágio neste item deve ser cancelada.

2.4 Ágio SÂNDALO – AFACs (item 3.5, p. 65 do TVF)

Em 24/03/2000 foi celebrado contrato de AFAC entre a Sândalo e a ATL para aporte de R\$ 259.096.500,00.

Em 29/03/2001 foi celebrado novo contrato de AFAC entre a Sândalo e a ATL para aporte de mais R\$ 632.613.419,01.

Em 30/09/2004, depois da aprovação da ANATEL para a transferência do controle acionário da ATL, a Sândalo optou por capitalizar os AFACs, subscrevendo e integralizando 22.292.752 ações da ATL. Em decorrência, a Sândalo registrou um ágio de R\$ 394.204.367,00, valor alterado depois para R\$ 479.091.708,44.

Trata-se de procedimento semelhante ao realizado pela JOHI para investimento na TESS com capitalização dos AFACs, conforme acima tratado. Foram efetuados aportes de capital na controlada visando um futuro aumento de capital. Não houve um dispêndio financeiro pela mais valia da companhia, não houve uma operação de compra e venda entre terceiros independentes, mas mútuos entre partes interdependentes que posteriormente foram transformados em aumento de capital.

A glosa do ágio aqui possui a mesma razão do itens acima, criação de empresa veículo para receber aporte das empresas estrangeira, cuja é a real adquirente. Destacando também a falta de propósito negocial nas remessas a título de AFACs para a empresa ALT.

Conforme já exposto ao longo desse voto, entendo igualmente que a glosa do ágio aqui tratada não deve prevalecer. Isso porque as empresas veículos foram criadas em razão do impeditivo legal para que a empresa estrangeira atuasse no Brasil, conforme explicado no item 1 do voto.

Sendo assim, voto no sentido de cancelar a glosa do ágio nesse item, relativo ao ano-calendário 2013.

DO DESCABIMENTO DA MULTA

Considerando que a Recorrente, no ano-calendário de 2013 apresentou prejuízo fiscal e base negativa da CSLL superior ao valor da glosa, a presente autuação trata apenas da redução destes.

Dessa forma, resta prejudicada a análise da multa, pois não há tributo a pagar, mas apenas redução das bases tributáveis de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário 2013, objeto do presente processo, conforme fls 1962 (pag. 86 do TVF).

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de dar-lhe parcial provimento ao Recurso Voluntário para cancelar a exigência referente à amortização dos ágios indicados nos itens 3.2, 3.3 (somente quanto ao ágio 2 - nota promissória relativa à operação da Algar, SBCI e Sândalo), 3.4, 3.5, 4.1 e 4.4 do Termo de Verificação Fiscal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Processo nº 16561.720016/2015-10
Acórdão n.º **1301-002.658**

S1-C3T1
Fl. 4.135
