



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>16561.720063/2021-01</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1401-007.520 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	30 de julho de 2025
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTES</b>	TELEFONICA BRASIL S.A. FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio criado artificialmente a partir de operações celebradas exclusivamente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e submetidas a controle comum e sem a efetiva circulação de riquezas que justifique a contabilização de sobrepreço não se presta a produzir efeitos tributários.

ÁGIO INTERNO - PARTICIPAÇÃO DE MINORITÁRIOS - INDEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum, mesmo se estas transações tiverem sido acatadas por minoritários.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA BRASILEIRA, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DEDUÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A não comprovação de que o ágio pago tenha sido assentado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas, bem assim a não ocorrência da necessária confusão patrimonial entre investidora e investida, impedem a sua dedução na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO, FRAUDE E SONEGAÇÃO NÃO CARACTERIZADAS. AFASTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO.

No caso de as condutas perpetradas e que resultaram no pagamento a menor dos tributos devidos não estarem suficientemente caracterizadas, nem como fraude nem como sonegação fiscal, como sugeridas pela Autoridade Fiscal, faz-se necessário afastar a qualificação da multa de ofício, mantendo-se a decisão proferida na instância *a quo*.

**Assunto: Normas de Administração Tributária**

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020

CSLL. CRITÉRIOS DE DEDUTIBILIDADE EM SUA APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

A CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período, com os ajustes determinados na legislação de regência, mormente o disposto nos artigos 248 e 277, ambos do RIR/99. O lucro operacional traduz-se no resultado do confronto entre as receitas operacionais e as despesas operacionais, conforme o disposto no artigo 299 do RIR/99. Da interpretação sistemática destes dispositivos, deduz-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299 do RIR/99, quando necessárias e devidamente comprovadas. Portanto,

os dispêndios contabilizados que venham a violar as regras de dedutibilidade do IRPJ não podem reduzir o lucro líquido, mesma base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica. As despesas glosadas afetam o próprio resultado do exercício e, conseqüentemente, também a base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990.

Além disso, o art. 13 da Lei nº 9.249/95, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99. Portanto, dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mantém-se a glosa realizada pela Fiscalização.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, no ponto relativo aos juros sobre a multa de ofício; por voto de qualidade, negar provimento ao recurso relativamente à (i) glosa do “ágio VIVO”, (ii) à glosa de exclusão de JCP pagos, (iii) à glosa do “ágio GVT”, (iv) à autuação reflexa da CSLL e (v) à multa isolada incidente sobre as estimativas pagas a menor. Vencidos os conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Andressa Paula Senna Lisias e Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, que davam provimento nos referidos pontos. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

*Assinado Digitalmente*

**Luiz Augusto de Souza Gonçalves** – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Andressa Paula Senna Lisias, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente)

## RELATÓRIO

Por bem retratar os fatos que albergam o presente processo, reproduzo o Relatório da decisão recorrida naquilo que nos interessa à apreciação do presente recurso.

### **DOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO**

1. Trata-se de lançamentos que exigem valores de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), relacionados aos anos calendário de 2018 a 2020, acrescidos de multa de ofício de 150%, multa isolada de 50% em razão de alegada insuficiência no recolhimento das estimativas mensais, além de juros de mora, totalizando R\$ 13.845.848.903,73, conforme abaixo demonstrado:

Processo	Documento de Lançamento	Valor
16561-720.063/2021-01	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R\$ 10.074.070.579,84
16561-720.063/2021-01	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R\$ 3.587.580.626,43
16561-720.063/2021-01	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R\$ 184.197.697,46
Total		R\$ 13.845.848.903,73

Os valores lançados de IRPJ tiveram como base as seguintes infrações: valores não amortizáveis; excesso de juros sobre capital próprio e falta de recolhimento de IRPJ sobre base de cálculo estimada.

Com relação à CSLL, tiveram como base as seguintes infrações: custos/despesas operacionais/encargos não dedutíveis; falta de recolhimento da contribuição social sobre a base estimada e juro sobre capital próprio pagos ou creditados.

### **DO HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO**

O procedimento fiscal teve início em 29/03/2021, mediante o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal nº 0818500-2021-00033-1, que determinou a verificação da legalidade da amortização de dois ágios:

- a) o **primeiro**, interno, gerado na compra da “Vivo Participações S/A”, que já vem sendo objeto de seguidas autuações pela antiga DEMAC/SP, atual DEOPE/SP desde o AC 2011 - **Ágio “VIVO”**.
- b) o **segundo**, resultante na aquisição e incorporação da “Global Village Telecom S/A – GVT”, no AC 2018 – **Ágio “GVT”**.

Em relação à glosa de ágio originado no processo de fusão entre a Telefônica e a Vivo (primeiro ágio), foram lavrados autos de infração anteriores, referentes aos anos-calendário 2011 (processo **16561.720225/2016-36**), AC 2012 (processo **16561.720128/2017-24**), AC 2013 e AC 2014 (processo **16561.720129/2018-50**) e AC 2015 a AC 2017 (Processo **16561.720056/2020- 11**).

Destaque-se que o processo nº **16561.720225/2016-36** já foi julgado administrativamente no CARF, tendo sido expedido o Acórdão nº 1302-003.381 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 22 de janeiro de 2019, que considerou procedente o lançamento do IRPJ e da CSLL sobre as amortizações indevidas.

Com relação ao segundo ágio (GVT), os anos-calendário de 2015 a 2017 já foram julgados em 05/04/2021 (**16561.720056/2020-11**), conforme Acórdão nº 109-

005.375 da 12ª TURMA DA DRJ09, mantendo os lançamentos de ofício com redução da multa de 150% para 75%. Com isso, os 2(dois) ágios analisados nesse processo já foram objeto de decisões em processos administrativos.

### **DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL**

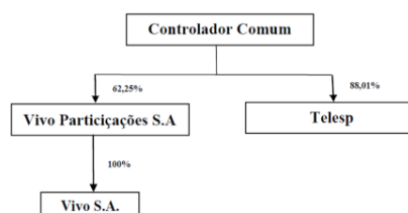
A autoridade fiscal alega que a impugnante teria efetuado “deduções fiscais indevidas de ágios”, o que ensejou a glosa das deduções e a reapuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos respectivos exercícios. Os ágios glosados tiveram origem em duas aquisições de investimentos distintas, conforme explicado a seguir:

- Glosa do Ágio Vivo: Esse ágio é referente a aquisição da totalidade de ações da Vivo Participações S.A. (“Vivo Par”), controladora direta da Vivo S.A. (“Vivo”);
- Glosa do Ágio GVT: Esse ágio é referente a aquisição da totalidade de ações da GVT Participações S.A. (“GVT”), controladora direta da Global Village Telecom S.A. (“GVT Operadora”), em setembro de 2014;

O lançamento glosou despesas incorridas pela Impugnante com o pagamento de JCP aos acionistas no ano-calendário de 2018, alegando que teria havido uma “superestimação dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na autocontratada operação de incorporação de ações da Vivo Par, o que resultou na adição de R\$ 1.023.064.775,34 às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL naquele ano-calendário.

### **DO ÁGIO VIVO**

Com relação ao **ÁGIO VIVO**, oriundo da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A), ocorrida em 27/04/2011, as operações que redundaram no surgimento do ágio tiveram início, segundo o TVF, quando as pessoas jurídicas envolvidas se encontravam debaixo de controle comum da empresa espanhola Telefônica S.A., conforme configuração a seguir:



Portanto, quando a Telesp (fiscalizada e atual TELEFÔNICA) incorporou as ações da Vivo Participações, esta última tornou-se sua subsidiária integral, conforme abaixo demonstrado:



Em 03/10/2011, a Telesp ou TELEFÔNICA, incorporou a VIVO PARTICIPAÇÕES e passou a amortizar o ágio interno surgido na operação:



De acordo com o TVF:

- Em 25/03/2011, foi firmado o Protocolo de Incorporação de Ações da Vivo Participações S/A pela Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP e Instrumento de Justificação, e divulgado Fato Relevante ao mercado pelas aludidas empresas, que acordaram os termos e condições da operação de incorporação da totalidade das ações da Vivo Participações S/A ao patrimônio da impugnante.
- Em 27/04/2011, a Ata da 32ª Assembleia Geral Extraordinária da TELESP, e a Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Vivo Participações S/A, registram a decisão de se proceder à referida operação de incorporação de ações, e a aprovação do aludido Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, bem como dos laudos de avaliação que fundamentaram os valores das empresas envolvidas na transação.
- De acordo com o item 2.2 do Fato Relevante, a incorporação de ações não provocou alteração na quantidade e na composição por espécie das ações da Vivo Participações S/A que passaram a ser detidas pelo sujeito passivo. Como contrapartida, os acionistas titulares de ações ordinárias e preferenciais da Vivo Participações S/A, incorporadas ao patrimônio do sujeito passivo, receberam novas ações da mesma espécie (ordinárias ou preferenciais) emitidas pela incorporadora (sujeito passivo) em favor dos respectivos titulares.
- Com a incorporação das ações da Vivo Participações S/A, o capital social do sujeito passivo, à época Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, passou de R\$6.575.479.854,14 para R\$37.798.109.745,03, mediante lançamentos contábeis a débito de uma conta de investimento

(R\$9.011.273.028,79), referente ao patrimônio líquido de Vivo Participações S/A, a débito de uma conta de ágio (R\$ 22.211.356.862,10) e a crédito de capital social (R\$ 31.222.629.890,89).

- O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A que fundamentou o ágio reconhecido contabilmente no sujeito passivo, datado de 25/03/2011, foi elaborado pela Planconsult com base no método de fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, o qual concluiu que o valor econômico das ações da empresa avaliada seria de R\$ 31.222.629.890,89.

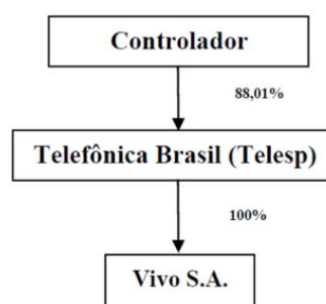
- O item 4 do aludido laudo de avaliação observa que:

*“4. PREMISSAS ADOTADAS PARA O FLUXO DE CAIXA*

*As informações utilizadas na presente avaliação da VIVO PART tiveram como principal origem os balanços analíticos dos exercícios de 2009 a 2010 e **projeções estratégicas, complementadas com outras**, tais como, investimentos, endividamento, impostos, despesas administrativas, despesas comerciais e previsão de evolução, **todas elas fornecidas pelos administradores da VIVO PART.**” (grifo nosso)*

- Portanto, as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas fornecidas pela sua própria administração, mas não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas, considerando que a empresa avaliada era controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador do sujeito passivo, incorporador das ações da Vivo Participações S/A.

- Em 03/10/2011, a impugnante teria incorporado a sua então subsidiária integral Vivo Participações S.A., a partir de quando passou a amortizar o ágio interno surgido na operação anterior de incorporação de ações, passando a ter a configuração abaixo:



- A autoridade fiscal refuta os argumentos da impugnante para a manutenção do referido ágio (a existência de substância econômica), bem como aponta as razões pelas quais não se pode acatar o reconhecimento de ágio oriundo de transações entre partes relacionadas, com vínculos de controle (ágio interno ou intragrupo).

- Aponta a inaplicabilidade do Pronunciamento Técnico CPC 15, a impossibilidade de reconhecimento como Ativo, do ágio gerado internamente, conforme item 48 do CPC 04 e Resoluções CFC nº 1.110/2007 e 1.292/2010, conforme abaixo demonstrado:

**"CPC-15** - Em outras palavras, para que não remanesçam dúvidas, a combinação de negócios envolvendo empresas sob controle comum, de caráter não transitório, ainda que haja a participação de acionistas não controladores (minoritários), qualquer que seja essa proporção, afasta a aplicabilidade do Pronunciamento Técnico CPC 15, e conseqüentemente do método de aquisição na mensuração e contabilização das operações societárias, de modo que fica afastada a adoção do valor justo na mensuração e contabilização das entidades ou negócios envolvidos na combinação(...)"

**CPC 04 – ITEM 48: “Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (Goodwill) gerado internamente**

48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.”

**Resoluções CFC nº 1.110/2007 e 1.292/2010:**

**“120.** O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado **internamente** (goodwill interno) é **vedado** pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.” **(grifo nosso)**

**“125.** A NBC TG 04 – Ativo Intangível **proíbe o reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente.** Qualquer aumento no valor recuperável do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) nos períodos subsequentes ao reconhecimento de perda por desvalorização para esse ativo é equivalente ao reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill gerado internamente) e não reversão de perda por desvalorização reconhecida para o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill).” **(grifo nosso)**

- Assinala, por fim, o posicionamento de doutrinadores contábeis e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio do Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, para concluir, então, que "não existiram as condições para que ocorresse uma mensuração confiável do valor transacionado e, por consequência, do ágio resultante da combinação de negócios envolvendo a Vivo Participações S.A. e o sujeito passivo, mormente por se tratar de uma operação de incorporação de ações, cujas particularidades dessa figura jurídica e o contexto em que se deram a negociação e decisão reforçam ainda mais a inadmissibilidade do ágio interno".
- Ataca, também, o fato de o surgimento do referido ágio interno surgir de uma operação de incorporação de ações, afastando o argumento da

impugnante de que houve a participação dos acionistas minoritários, já que:

"Ocorre que os acionistas minoritários somente deliberariam contrariamente à incorporação de ações na hipótese em que a relação de troca não se mostrasse satisfatória, e ainda assim não conseguiriam impedir a aprovação dos termos e condições propostas pelo controlador, posto que este deteria ações com **direito a voto suficientes para impor sua vontade.**

Assim, excetuando-se a situação em que se defina uma relação de troca lesiva aos seus interesses, os minoritários não teriam *motivos para votar contrariamente à operação, independentemente dos valores de avaliação dos patrimônios que se adote na contabilização, até porque quanto mais superestimados os patrimônios, maiores seriam os benefícios fiscais, os quais aproveitam a todos, inclusive aos minoritários.*

(...)

*Portanto, além de inócuo deliberar contrariamente à proposta do controlador na hipótese de imposição de uma relação de substituição lesiva aos interesses dos minoritários – o que aparentemente não foi, o exercício do direito de recesso nos termos e condições divulgados no Aviso aos Acionistas seria altamente prejudicial aos eventuais minoritários dissidentes – os quais não tiveram direito nem mesmo ao valor de patrimônio líquido a preços de mercado, pela relação de troca mais desvantajosa pelo art. 264, de modo que **os votos favoráveis de minoritários nas assembleias extraordinárias em nada contribuem para conferir o necessário caráter de independência à operação societária, em linha com o citado Apêndice B do CPC 15.***

- Alega também que havendo uma única vontade atuando na operação, a contabilização deveria ter sido realizada com base nos valores escriturados nos livros contábeis, pois:

*"O reconhecimento na contabilidade de patrimônios superestimados, ainda que tenham sido considerados no cálculo da relação de troca prevalente, representa um mero registro contábil promovido de forma abusiva com o fim de gerar efeitos tributários ilegítimos.*

*Em transações "autocontratadas" que não envolvam fluxo financeiro, a "aquisição" do ativo intangível que representa a perspectiva de rentabilidade futura do investimento (ágio interno) se dá inclusive sem sacrifício econômico. Afinal, os patrimônios concomitantemente inflados ("gordura") simplesmente se compensam, numa operação em que a "gordura" de um investimento acaba por quitar a "gordura" de outro investimento. E, como demonstraremos no tópico que trata do enfoque tributário, quanto mais superestimados os patrimônios, maiores os benefícios tributários."*

- Por tudo isso, considerou indevidas as amortizações fiscais do referido ágio, que reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes ao ano calendário de 2018, 2019 e 2020.

- A autoridade fiscal constata, ainda, que o indevido reconhecimento do ágio interno teria também implicado a superestimação simultânea dos patrimônios das empresas envolvidas na transação, com a indevida majoração da base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP).
- Assim, tendo em vista que considerou que o sujeito passivo não conseguiu demonstrar o cálculo das despesas com JCP constantes da apuração do Lucro Real, refez a apuração, em decorrência da incorporação de ações, expurgando os reflexos do ágio interno.
- Sobre todos os valores apurados, foi aplicada multa de ofício qualificada, por se entender que houve ação deliberada do sujeito passivo na obtenção de vantagens fiscais ilícitas, configurando fraude, conforme definida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

### DO ÁGIO GNT

5. Inicialmente, a autoridade tributária abordou o tema nas fls. 851 a 868, citando lançamentos de ofício anteriores (AC 2015 a 2017) formalizados no Processo nº 16561.720056/2020-11.

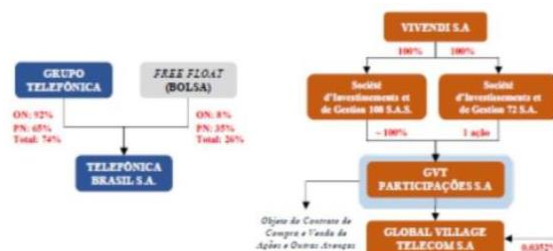
A autoridade tributária alega que a GVT tornou-se uma subsidiária do Grupo Francês Vivendi a partir de 2009, quando o grupo adquiriu o controle acionário da empresa.

De acordo com o TVF:

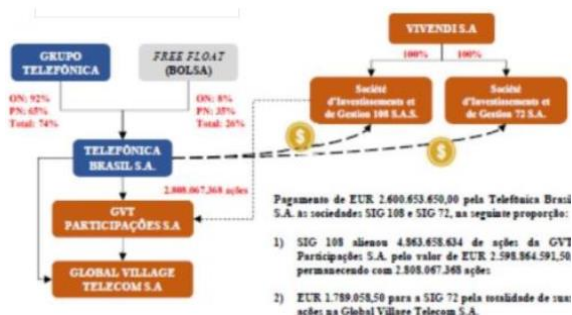
- Em 2015, o controle acionário da GVT foi vendido pela Vivendi à Telefônica. Esta operação de venda da GVT, e a posterior incorporação da GVT Operadora e de outras *empresas holdings ligadas à GVT pela Telefônica é objeto de análise nesta ação fiscal.*

### AQUISIÇÃO[ DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DA GVT

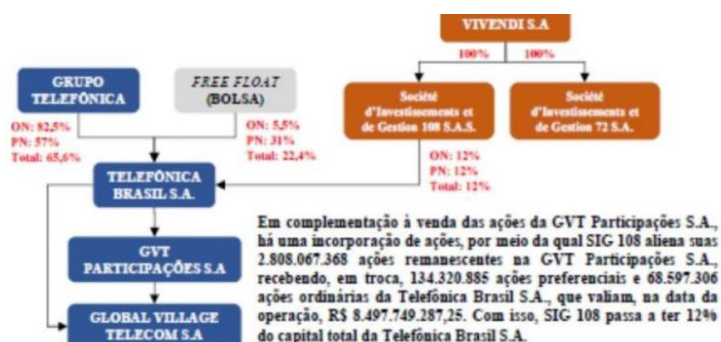
- A seguir, segue a situação anterior à aquisição do grupo GVT pela TELEFÔNICA



- Em 28/05/2015, a TELEFÔNICA adquire a GVT PAR e a GVT das subsidiárias da VIVENDI, mediante parcela em dinheiro:



- Na mesma data, a TELEFÔNICA adquire as ações remanescentes da SIG 108, mediante permuta de ações, conforme abaixo:



- Após as operações que representaram a aquisição das participações societárias da GVT pelo Grupo Telefônica, foi realizada uma operação de reorganização societária, na qual a GVT foi cindida, sendo a parcela do patrimônio relativo às operações de telecomunicações incorporada pela GVT Participações, e a parcela referente a outras operações, incorporada pela subsidiária POP.

- O contribuinte descreve esta operação em seu site na internet da seguinte forma:

*Na mesma data [01.04.2016] e imediatamente antes da Incorporação, a GVT foi cindida e o seu acervo líquido foi em parte vertido para a GVTPart e em parte vertido para a POP, sendo que a parcela do acervo líquido cindido da GVT concernente aos bens, direitos e obrigações relacionados às atividades de telecomunicações foi absorvida pela GVTPart e a parcela restante, concernente aos bens, direitos e obrigações relacionados às demais atividades que não de telecomunicações, foi absorvida pela POP.*

*Fonte: <http://ri.Telefônica.com.br/pt/a-empresa/nossa-historia>.*

- Ao final, a GVT Participações foi incorporada pelo contribuinte Telefônica Brasil e estas operações deram origem a ágio que passou a ser amortizado após a incorporação da GVT Participações.

#### DO ADQUIRENTE DE FATO – TELEFÔNICA SA COM SEDE NA ESPANHA

- Alega a autoridade tributária que da leitura da informação prestada ao mercado pela Telefônica SA, empresa espanhola controladora do Grupo Telefônica no mundo, e também controladora da Telefônica Brasil (contribuinte), resta claro a Telefônica SA foi quem negociou com a Vivendi e assinou o contrato de compra e venda de participações societárias.
- Esta operação foi inteiramente negociada e acordada na Europa, entre grupos europeus – o Grupo Telefônica espanhol e o Grupo Vivendi francês.
- Observa-se claramente no texto que a Telefonía SA (espanhola) assinou o contrato com a Vivendi para a aquisição pela Telefônica Brasil S.A da Global Village Telecom SA e sua empresa holding GVT Participações S.A.
- Do texto divulgado ao mercado mundial a partir da Espanha, pela Telefônica S.A espanhola, resta claro que o negócio foi feito pela Telefônica SA na Espanha, e a Telefônica Brasil foi usada como mero veículo interposto para formalização da aquisição das participações societárias.
- Os termos do contrato demonstram a extensão das obrigações assumidas pela Telefônica SA com sede na Espanha, e a total falta de autonomia da Telefônica Brasil neste contrato.
- Não restou à Telefônica Brasil nada senão cumprir a tudo que foi decidido pela sua controladora Telefônica SA, ainda que isto viesse a prejudicar seus acionistas minoritários ou quaisquer outros stakeholders, incluindo o erário federal brasileiro.
- A análise do contrato de compra e venda de participações societárias, negociado e assinado entre a empresa espanhola Telefônica e o Grupo francês Vivendi só vem confirmar e ratificar a informação prestada ao mercado pela controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefônica SA: que a empresa espanhola Telefônica SA é a verdadeira idealizadora e negociadora da operação de compra da GVT.
- Neste caso, a Telefônica Brasil foi mero instrumento utilizado pela sua controladora Telefônica SA (espanhola), servindo de receptáculo para as participações societárias da GVT que posteriormente iria incorporar.

#### **DO FINANCIAMENTO DA OPERAÇÃO COM RECURSOS ORIUNDOS DA EMPRESA ESPANHOLA TELEFÔNICA SA**

- Pontua a autoridade tributária que uma análise desavisada poderia levar à conclusão de que a operação de aquisição das participações societárias da GVT teria sido financiada a partir de uma Oferta Pública de Ações (OPA) realizada pela Telefônica Brasil no mercado de capitais brasileiro e no mercado de capitais norte-americano.
- Contudo, esta é apenas uma parte da operação de financiamento, realizada para encobrir a verdadeira fonte dos recursos financeiros levantados para esta operação.

- Em 28/04/2015, a Telefônica Brasil registrou na CVM e em seguida apresentou ao mercado, uma Oferta Pública de Ações (OPA), no mercado brasileiro e no mercado norte-americano, alegando objetivo de financiar a aquisição das participações societárias da GVT.
- De acordo com o prospecto da OPA, ela foi aprovada em Reunião do Conselho de Administração da Telefônica Brasil realizada em 25/02/2015, sendo reservada prioridade aos acionistas da empresa.
- Contudo, em 17/04/2015, era divulgado na imprensa brasileira que a Telefônica SA, empresa espanhola líder do Grupo Telefônica, concluíra a captação de recursos em mercados de capitais através da emissão de 3,05 bilhões de euros em ações, com vistas a subscrever ações da Telefônica Brasil, como forma de financiar a aquisição da GVT.
- Ressalte-se, por ser relevante, que a captação de recursos realizada pela Telefônica SA (empresa espanhola) ocorreu antes do registro da OPA pela Telefônica Brasil.
- Esta fato é de suma importância, pois demonstra com clareza cristalina que tratou-se de operação estruturada, que envolveu primeiramente a negociação da compra da GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, em seguida a captação de recursos pela empresa espanhola Telefônica SA para liquidar a operação, e somente ao final destas etapas o registro e apresentação da OPA pela Telefônica Brasil, OPA esta que se revestiu de mero jogo de cartas marcadas para aparentar legalidade perante as leis brasileiras a compra da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA.
- Comparando a distribuição acionária entre início de 2015 e fim de 2015, observa-se que houve uma diluição mínima da participação do Grupo Telefônica, reduzindo-se de 76,96% para 73,69% a participação dos controladores. Neste caso, o controle da Telefônica Brasil é exercido integralmente pelo Grupo Telefônica, por meio de sua participação consolidada de 76,69% do capital total da Companhia.
- Desta comparação da distribuição acionária, conclui-se que o aumento de Capital da Telefônica Brasil, materializado por meio de Oferta Pública de Ações (OPA), foi cerca de 75% integralizado por empresas do próprio Grupo Telefônica.
- Trata-se, portanto, de recursos do Grupo injetados na Telefônica Brasil (contribuinte), para que o contribuinte pudesse cumprir o contrato negociado e acordado pela Telefônica SA na Espanha, de compra da GVT.
- Com isto, o que se observa claramente é que a Telefônica Brasil não dispunha de recursos e capacidade financeira para adquirir a GVT.

- Quem viabilizou financeiramente o negócio foi a controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefônica SA por meio de uma oferta de suas ações no mercado de capitais de Madrid, e posteriormente injetou capital na empresa brasileira (contribuinte) para completar a compra negociada e financiada pela empresa europeia.
- Como se observa, a Telefônica Brasil é usada em toda esta operação como mera "marionete", comparecendo em contrato negociado por sua controladora, realizando uma suposta compra de participações societárias como interposta pessoa de sua controladora, e usando para pagar esta compra recursos financeiros captados por sua controladora, a empresa espanhola Telefônica SA.
- Tudo isto, logicamente, não foi feito às claras. Ao contrário, observa-se o desenho e a implementação de um engendrado esquema envolvendo uma oferta pública de ações no Brasil para tentar transparecer que a operação tivesse sido realizada no Brasil, com recursos brasileiros e fruto de decisão dos brasileiros em uma empresa brasileira.
- A verdade revela o contrário, não há nada nesta operação realizado no Brasil, pois a negociação não foi brasileira, a formalização não ocorreu no Brasil e os recursos financeiros não são brasileiros.
- Mas algo muito relevante foi gerado no Brasil em decorrência desta operação integralmente estrangeira: a criação e amortização de um ágio bilionário, que passou a ser indevidamente amortizado pela Telefônica Brasil a partir de 2016.
- Conforme se observa da análise aqui desenvolvida, o adquirente de fato das participações societárias da GVT é a empresa espanhola Telefônica SA. A Telefônica SA negociou a compra com a Vivendi, assinou um contrato de compra e venda em que exercia e demonstrava total controle sobre sua subsidiária brasileira, informou ao mercado que realizou a negociação com a Vivendi e a compra da GVT, captou recursos financeiros no mercado de capitais de Madrid para esta aquisição e injetou recursos na Telefônica Brasil por meio de OPA com a finalidade exclusiva de fazer parecer que a operação tivesse sido decidida e realizada no Brasil.
- Dessa forma, a Telefônica Brasil (contribuinte), ainda que tenha figurado no contrato de compra e venda de participações societárias da GVT, não decidiu esta compra, não dispunha de capacidade financeira para realizar a compra e não tinha nenhuma discricionariedade em nenhum momento da operação.
- Estas circunstâncias caracterizam uma operação interposta, o que efetivamente ocorreu, tendo sido a aquisição da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA com interposição de sua subsidiária brasileira Telefônica Brasil.

**PROIBIÇÃO DA DEDUÇÃO FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ALIENÍGENA**

- Discorre a autoridade tributária que o ágio oriundo da aquisição das participações societárias da GVT pelo Grupo Telefônica, tendo como real adquirente a empresa espanhola Telefônica SA, não pode ser amortizado, uma vez que o real adquirente é empresa sediada no exterior e que em nenhum momento ocorreu a confusão patrimonial entre o real adquirente, a empresa espanhola Telefônica SA, e a empresa adquirida GVT.
- Desde logo é preciso compreender que o ágio só pode nascer na contabilidade da pessoa jurídica que efetivamente paga um preço maior do que o valor patrimonial de participações societárias, em uma operação que envolve, direta ou indiretamente, a aquisição de participações societárias.
- Quem paga é quem efetivamente arca com o encargo financeiro, aquele que retira de suas riquezas conquistadas com meios próprios, recursos para arcar com o ônus financeiro da operação.
- Neste caso, a empresa espanhola Telefônica SA, por meio próprio ou de suas subsidiárias, responde diretamente por 75% do ônus financeiro da aquisição de participações societárias, recaindo o restante sobre acionistas minoritários.
- Aqui é fundamental deixar claro que as relações jurídicas devem obrigatoriamente ser realizadas com legítima boa-fé, sem objetivo de lesar terceiros, incluindo-se, entre os terceiros, a União Federal em sua competência ativa, de arrecadação e de fiscalização tributárias. Tentativas de criar situações simuladas que aparentam a confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa adquirente não podem perdurar por afrontarem o sistema normativo.
- Sendo assim, desde que as operações tenham sido realizadas com estrita boa-fé, e não maculadas por atos simulados ou pela fraude fiscal, o raro caso de confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa adquirente exigiu, da norma tributária, regramento específico conforme art. 386 do RIR/99, art. 7º. da Lei nº 9.532/1997 e art. 22 da Lei nº 12.973/2014.
- Não foi o que ocorreu no presente caso de aquisição das participações societárias da GVT, uma vez que o adquirente de fato é a empresa espanhola Telefônica SA, que utilizou sua subsidiária brasileira como empresa interposta nesta operação.

**OPERAÇÕES SIMULADAS PARA BURLAR A PROIBIÇÃO**

- Alega a fiscalização que a vedação legal do art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda é a grande motivadora das operações de reorganização societária aqui tratadas.

- Por meio da criação de operações simuladas artificiais que resultam em incorporações, algumas empresas buscam enquadrar-se na permissão contida no art. 386, inc. III, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, única hipótese em que o ágio pode ser amortizado antes da venda ou do perecimento do investimento.
- (...) os casos concretos aqui analisados não cumprem os requisitos legais definidos pela legislação tributária para amortização de ágio, porque, se algum ágio fosse gerado, teria que ser na contabilidade da empresa espanhola Telefônica SA, e nunca poderia ser amortizado no Brasil.
- Sendo assim, as reorganizações societárias realizadas pelo contribuinte tiveram como resultado simular as condições legais para aproveitamento dos ágios supostamente gerados nas aquisições de participações societárias, condições estas estabelecidas no Art. 386 do RIR/1999 (c/c art. 22 da Lei nº 12.973/2014).
- Além disso, houve uma tentativa de ocultar o real adquirente (a empresa espanhola Telefônica SA), interpondo sua subsidiária brasileira na condição de compradoras de participações societárias, com a finalidade de simular as condições para aproveitamento futuro dos ágios supostamente gerados.

#### **AUSÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL**

- De acordo com a auditoria fiscal, conforme se observa na legislação já citada no Termo, a regra é que o ágio na aquisição de participações societárias, assim como ocorre com o custo de aquisição de bens sujeitos a apuração de ganho de capital, componha o custo de aquisição destas participações societárias em confronto com o preço de venda, para apuração do ganho de capital no momento em que ocorre eventualmente a alienação de tais participações societárias.
- Sendo assim, o ágio, em regra, não pode ser amortizado. Pode tão somente ser levado a custo não operacional quando ocorre a baixa dos investimentos em participações societárias, nos termos dispostos pelo art. 426 do RIR/99.
- Contudo, há que se considerar o caso especial que ocorre quando se dá a incorporação da sociedade investida, processo em que a investida deixa de existir.
- O que ocorreria com o ágio no caso de incorporação, já que nesse caso não ocorre a baixa do investimento em participação societária?
- Para este caso particular a legislação trouxe a solução do art. 386, inc. III do RIR 99, que permite a amortização do ágio em um mínimo de 60 (sessenta) meses, como forma de não se perder o ágio escriturado, visto a extinção da pessoa jurídica por incorporação.

- Entretanto, há que se ponderar que, por se tratar de exceção muito particular da regra geral, tal exceção tão somente se aplica aos casos que realmente cumpram os requisitos inscritos na legislação: realizem a escrituração devida do ágio e promovam a incorporação de modo que as participações societárias do investidor sejam extintas em razão da confusão patrimonial ocorrida entre o patrimônio do investimento (ou "investida") e o patrimônio do investidor de suas participações societárias.
- Nos caso concreto aqui analisado, o real adquirente das participações societárias é a empresa espanhola Telefônica SA, que se utilizou de sua subsidiária brasileira Telefônica Brasil (contribuinte) para formalizar as aquisições de participações societárias.
- É indiscutível que nunca ocorreu confusão patrimonial entre a empresa espanhola Telefônica SA (real adquirente) e a empresa brasileira GVT (empresa adquirida).

#### **SIMULAÇÃO POR INTERPOSIÇÃO DE PESSOA**

- No caso concreto, observa-se claramente que o contribuinte (e o Grupo Telefônica) realizou, reiteradamente, astuciosas manobras praticando atos jurídicos encadeados no sentido de forçar seu enquadramento no inc. III do art. 386 do RIR/99, bem como, forçar a geração insubsistente de ágios alienígenas no Brasil, interpondo empresa brasileira para ocultar a real adquirente de participações societárias (a empresa espanhola Telefônica SA). Tudo isso teve o objetivo de simular as condições necessárias para a posterior amortização dos ágios alienígenas.
- Nos casos concretos analisados aqui, observa-se claramente a forma de simulação prescrita no inc. I do §1º do Art. 167 do Código Civil, com a interposição do contribuinte na condição de comprador de participações societárias, sendo-lhe conferidos direitos que não são seus, pois a real adquirente das participações societárias é claramente a empresa espanhola Telefônica SA.
- Sendo assim, resta clara a ocorrência de simulação por interposição de pessoa, que torna os atos jurídicos simulados inoponíveis ao Fisco, e impossibilitando aos contratantes alegar o ato simulado em sua defesa.

#### **OBRIGATORIEDADE DE APURAÇÃO CORRETA DO GOODWILL E IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO SOBRE INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS**

- Aborda também a autoridade tributária que é necessário, neste ponto, retomar a legislação tributária referente ao tratamento obrigatório dispensado ao ágio, bem como apresentar aspectos contábeis relevantes através dos quais é definido o conceito de ágio por expectativa de rentabilidade futura (Goodwill).

- É requisito obrigatório o desmembramento do ágio apurado em operações societárias, separando-se as parcelas do ágio que tiveram por origem o valor de mercado do ativos (mais-valia), a rentabilidade futura (goodwill) e os intangíveis identificáveis (marcas, carteiras de clientes, direitos contratuais, etc), assim como o valor referente ao fundo de comércio.
- As amortizações de ágio realizadas pelo contribuinte durante os anos-calendário sob análise, que estão sendo glosadas, foram amortizadas em razão do contribuinte ter classificado estes valores de ágio como tendo origem em expectativa de rentabilidade futura, ou seja, como goodwill.
- Contudo, o ágio decorrente de goodwill (expectativa de rentabilidade futura) é um conceito econômico definido como a parcela do preço de aquisição das participações societárias que supera a soma do Patrimônio Líquido com o aumento ou diminuição decorrente da avaliação do Ativo a valor justo (mais-valia) e com os valores decorrentes da avaliação de ativos intangíveis identificáveis. Além disso, a legislação tributária ainda exige a segregação do valor correspondente ao fundo de comércio.
- Sendo assim, para se apurar o ágio por goodwill, é obrigatório primeiramente promover a avaliação dos ativos a valor justo, apurando-se o ágio por mais-valia. Em seguida, é necessário avaliar os ativos intangíveis identificáveis, dentre eles podendo-se citar as marcas, as carteiras de clientes, os direitos intangíveis, os valores relativos a desenvolvimento de produtos etc. Deve-se então, identificar e avaliar o valor atribuível ao fundo de comércio.
- Após as avaliações descritas no parágrafo anterior, o ágio por goodwill (expectativa de rentabilidade futura) é apurado pela diferença entre o preço das participações societária e a soma das parcelas identificáveis de ágio calculadas conforme descrito no parágrafo anterior.
- O que se observa no presente caso concreto é que o contribuinte violou a obrigatoriedade de segregar as parcelas do ágio, tratando ilicitamente todo o ágio como se goodwill fosse .
- É fundamental identificar claramente a parcela de cada ágio correspondente a intangíveis, que pode ser obtida a partir da análise dos respectivos laudos de avaliação e dos registros contábeis realizados pelo contribuinte:

**Vivo**

Licenças:	12.644.000.000,00
Carteira de Clientes:	1.917.716.871,35
Marcas e Patentes:	1.599.897.435,89
Passivos Contingentes:	269.965.932,09

**GVT**

Mais Valia:	429.995.469,68
Carteira de Clientes:	2.523.000.000,00
Marcas:	59.000.000,00

- Dessa forma, ainda que houvesse legitimidade e possibilidade de amortização dos ágios aqui analisados, esta amortização seria limitada a um sessenta avos por mês do valor do ágio por goodwill, apurado conforme determinado pelos itens 10 e 32 CPC15(R1). Seriam sumariamente glosados os valores amortizados que superaram este limite de amortização de goodwill.
- Contudo, é importante ressaltar que este Termo vem demonstrando de forma cristalina a completa impossibilidade jurídica de amortização dos ágios aqui tratados, procedendo-se, portanto, à glosa integral dos ágios amortizados nos períodos sob análise.
- Nas fls. 876 a 884, a fiscalização discorre sobre a glosa dos valores, demonstrando todo o cálculo que embasou às autuações, conforme abaixo resumido:

ACs	2018 (R\$)	2019 (R\$)	2020 (R\$)
Ágio VIVO	2.032.817.429,16	2.032.817.429,16	2.032.817.429,16
Ágio GVT	2.802.259.982,04	2.802.259.982,04	2.744.526.648,68
Total das deduções glosadas pela Fiscalização	4.835.077.411,20	4.835.077.411,20	4.777.344.077,84

- Com relação ao Juros sobre Capital Próprio (fls. 883 a 884), a fiscalização demonstrou o cálculo que embasou às autuações, conforme abaixo resumido:

Demonstrativo de Apuração dos Lucros sobre o Capital Próprio

	Limite ano 2018	Limite ano 2019	Limite ano 2020
Data de Referência para PL	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2019
Patrimônio Líquido	69.461.158.799,44	73.607.027.831,94	70.455.978.121,48
(-) Ágio Interno	22.211.356.862,10	22.211.356.862,10	22.211.356.862,10
(+) Amortizações Acumuladas de Ágio	5.234.153.231,87	6.030.924.617,39	6.827.696.003,91
(-) Patrimônio Líquido Ajustado	52.484.155.128,93	55.426.595.587,23	55.071.917.262,30
TJP efetiva anual	6,72	6,20	4,87
JSCP Passivo antes dos Limites	3.526.935.224,64	3.436.448.914,01	2.682.000.370,67
JSCP Creditado	4.550.000.000,00	2.588.000.000,00	2.630.000.000,00
Limite 1			
Lucro líquido do período	8.938.257.905,55	5.001.034.143,91	4.770.527.194,30
(+) Provisão para IR	1.508.313.184,80	1.233.190.057,12	1.132.196.468,99
(-) Despesa de Amortização do Ágio Interno no AC	753.079.077,84	703.932.019,02	556.490.842,54
(+) JSCP	4.550.000.000,00	2.588.000.000,00	2.630.000.000,00
(-) LAR antes do JSCP ajustado	35.739.450.148,19	9.524.136.220,05	9.089.214.525,85
(D) Limite 1 = 50% do lucro líquido antes da PIR e JCP (a)	7.869.825.084,10	4.763.068.110,03	4.544.607.262,93
Limite 2			
Reservas de Lucros	4.324.170.316,41	3.492.386.585,55	2.463.228.570,67
(+) Lucros Acumulados	0,00	0,00	0,00
(-) Amortizações Acumuladas de Ágio	5.234.153.231,87	6.030.924.617,39	6.827.696.003,91
(+) Lucros Acumulados e Reservas de Lucros Ajustadas	9.558.323.548,29	9.523.311.202,94	9.280.924.570,68
(D) Limite 2 = 50% dos Lucros acumulados e Reservas de Lucros (c)	4.779.161.774,15	4.761.655.601,47	4.641.462.285,79
Excesso de JSCP	1.021.064.779,34	0,00	0,00

- Já nas fls. 884 a 892, discorreu a fiscalização sobre a multa qualificada e por fim, discorreu sobre as multas isoladas aplicadas nas fls. 892 a 906.

### DA IMPUGNAÇÃO

6. A impugnante tomou ciência dos lançamentos de ofício no dia 31/01/2023 e protocolou impugnação (fls. 1107/1212) no dia 01/03/2023, com a seguinte linha de defesa:

- O lançamento glosou dois ágios distintos: (i) o regime do ágio da Lei nº 9.532/97, no caso do Ágio Vivo; e (ii) o regime do ágio da Lei nº 12.973/2014, no caso do Ágio GVT;
- O lançamento também glosou despesas incorridas pela Impugnante com o pagamento de JCP aos acionistas no ano-calendário de 2018;

### ÁGIO VIVO

- A operação é composta de três passos: (i) incorporação de ações da Vivo Par pela Impugnante, em 27.04.2011; (ii) contribuição de ativos e passivos da Vivo Par para a Vivo, em 13.09.2011; e (iii) incorporação da Vivo Par pela Impugnante, em 03.10.2011, com a consequente extinção da Vivo Par e absorção do seu patrimônio pela Impugnante;
- O negócio tem substância econômica;
- Todas as etapas foram submetidas à autorização prévia da ANATEL;
- Os Conselhos de Administração das companhias aprovaram os termos e condições dessas operações;
- A AGE da Impugnante aprovou a incorporação das ações da Vivo Par;
- A Impugnante emitiu novas ações da mesma espécie em favor de todos os acionistas da Vivo Par, incluindo, os acionistas não relacionados;
- Os acionistas minoritários (38%) são partes independentes na operação;
- A relação de troca das ações da Vivo Par com as novas ações de emissão da Impugnante teve, obrigatoriamente, de ser determinada seguindo estritos **parâmetros de mercado**;
- A relação de substituição das ações foi determinada com base nos valores econômicos apurados nos laudos da Signatura Lazard e do Banco Santander, resultando na emissão de 1,55 ações da Impugnante para cada ação da Vivo Par detida pelos respectivos acionistas, incluindo, o contingente substancial de acionistas não relacionados;

- A Impugnante, como adquirente do investimento na Vivo Par e em observância ao RTT, **desdobrou o custo total** incorrido de R\$ 31,22 bilhões para adquirir o investimento em: (i) valor do patrimônio líquido da Vivo Par de aproximadamente **R\$ 9,01 bilhões**; e (ii) **ágio no montante de R\$ 22,21 bilhões**, cujo fundamento econômico foi a expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido na Vivo Par, nos termos do artigo 385, §2º, inciso II do RIR/99. Do valor total do **Ágio Vivo**, o valor de R\$ 8,44 bilhões foi pago pela Impugnante aos acionistas não relacionados da Vivo Par;
- Para fins exclusivamente contábeis e sem repercussões na esfera tributária em razão da vigência do RTT, a **aquisição de ações da Vivo Par foi avaliada, nos termos do Novo Regime Contábil (o CPC 15), como uma “Combinação de Negócios”** mediante a aplicação do **Método de Aquisição**;
- A autoridade lançadora concluiu, nesse contexto, que o registro contábil da operação deveria ter adotado o “Método de Custo” em detrimento do “Método de Aquisição” regulado pelo Pronunciamento Técnico nº 15 do CPC (“CPC 15”);
- Em 03.10.2011, a Vivo Par foi incorporada pela Impugnante (doc. 09), com a consequente extinção dessa companhia e a sua sucessão universal pela Impugnante de todos os ativos, direitos e obrigações. Após a incorporação da Vivo Par pela Impugnante, esta passou a deduzir o **Ágio Vivo** para fins fiscais, como autorizado pelo regime do **ágio da Lei nº 9.532/97**;

#### **REGIME DA LEI N. 9.532/97 APLICÁVEL AO ÁGIO VIVO**

- O artigo 65 da Lei nº 12.973/2014 estabeleceu um regime de transição, sem revogar, contudo, o regime anterior do **ágio** disciplinado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, artigos 385 e 386 do RIR/99 e pela redação original do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77;
- O referido artigo 65 dispõe que: (i) para aquisições efetuadas até 31.12.2014, cuja incorporação ocorresse até 31.12.2017, aplicar-se-ia o regime do **ágio da Lei nº 9.532/97** até o término da amortização do **ágio**, independentemente de a efetiva amortização ocorrer após a edição da Lei nº 12.973/2014; e (ii) aquisições efetuadas a partir de 01.01.2015 estão sujeitas ao novo regime do **ágio da Lei nº 12.973/2014**;
- A aquisição de ações da Vivo Par pela Impugnante ocorreu em 27.04.2011, com a posterior incorporação e extinção da Vivo Par em 03.10.2011. Essa operação e o **Ágio Vivo** se submetem aos efeitos do regime da Lei nº 9.532/97;
- No regime da Lei nº 9.532/97, o contribuinte que avaliar o investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (i) valor de patrimônio líquido na data da aquisição; e (ii) **ágio ou deságio** na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido;
- A obrigatoriedade de segregação do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e **ágio** independe de a transação ser realizada entre

partes relacionadas ou de o preço ser liquidado em caixa, instrumentos patrimoniais e outros ativos;

- Cita os principais fundamentos do voto condutor do acórdão nº 1402-006.078 proferido no âmbito do julgamento realizado pelo E. CARF (sessão de 21.09.2022), de lavra da Ilma. Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, reconhecendo o direito da Impugnante à dedução fiscal do Ágio Vivo pago na aquisição de ações da Vivo Par;
- Alega que na vigência do regime da Lei nº 9.532/97 aplicável ao Ágio Vivo, não existia qualquer impedimento à apuração de ágio entre partes relacionadas, devendo ser examinado se a operação era juridicamente e substancialmente válida;
- A aquisição do investimento na Vivo Par ocorreu na vigência do RTT regulado na Lei nº 11.941/2009. De acordo com esse regime, a apuração tributária do ágio nessa operação deveria observar o Regime Contábil Anterior vigente em dezembro de 2007.
- As únicas regras a serem observadas para fins de contabilização do ágio no Regime Contábil Anterior são o Decreto-lei nº 1.598/77, o RIR/99 e a também a Instrução CVM nº 247/96, tal como reforçado pelo escopo de aplicação do artigo 16 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 e artigo 74 da Lei nº 12.973/2014;
- Durante a vigência do RTT, permaneceu em vigor, para fins do registro e dedução fiscal do ágio, o disposto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e no artigo 385 do RIR/99, com a segregação do custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido; e (ii) ágio ou deságio, com a indicação do seu fundamento econômico, baseado em demonstrativo que o contribuinte deveria arquivar como comprovante da escrituração;
- O fato de a operação ter sido realizada entre entidades sob controle comum também não é passível de discussão no Regime Contábil Anterior, pois inexistiam quaisquer regras específicas sobre a contabilização de combinação de negócios e/ou contabilização de intangíveis naquele regime, ou ainda restrições quanto ao reconhecimento do custo de aquisição incorrido ou do ágio;
- Todas as normas contábeis citadas pelo TVF (CPC 15, CPC 04, Res. CFC 1.110/07, Res. CFC 1.292/10, Ofício CVM 1/07 e Ofício CVM 1/13), a partir da transcrição de trechos do Processo Administrativo nº 16561.720056/2020-11, foram editados no contexto do Novo Regime Contábil e são irrelevantes para fins tributários de reconhecimento e mensuração do Ágio Vivo pago pela Impugnante na aquisição das ações da Vivo Par, inclusive por expressa determinação da RFB;
- O entendimento da autoridade lançadora contraria o disposto no artigo 16 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013, assim como o artigo 74 da Lei nº 12.973/2014 citados acima que confirmam a inaplicabilidade do Novo Regime Contábil de forma imediata e, destarte, a plena produção de efeitos e vigência do RTT no momento da aquisição das ações da Vivo Par e do pagamento do Ágio Vivo;

- Alega também a ilegalidade do lançamento fundamentado unicamente em normas contábeis, sendo certo que deve existir a prevalência da lei sobre as disposições contábeis;
- Ao subsumir os fatos unicamente ao Novo Regime Contábil em detrimento do regime jurídico-legal aplicável ao registro e dedução fiscal do ágio vigente à época da operação, além de extrair desse esforço conclusões equivocadas pois impregnadas de subjetivismo, desconsidera, totalmente e de maneira imotivada, os artigos 15 e 16 da Lei n. 11.941/2009 que regularam o RTT;
- No regime do ágio da Lei nº 9.532/97, a dedutibilidade do ágio estava condicionada à observância exclusiva dos seguintes requisitos que foram integralmente atendidos no caso: (i) aquisição de participação societária com pagamento o preço ao vendedor, incluindo o ágio; (ii) desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio; (iii) motivação econômica para o pagamento do ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido; e (iv) incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta;
- Alega legalidade do ágio registrado em operações intragrupo, bem como da inaplicabilidade retroativa dos efeitos da Lei nº 12.973/2014 nesse caso.
- Na inovação trazida pelo artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 é que foi positivada a restrição que se pretendeu impor no caso presente, no que tange ao registro de ágio em operações que envolvam partes relacionadas;
- Até o advento da Lei nº 12.973/2014, esse comando restritivo introduzido quanto a operações entre partes relacionadas não existia nos dispositivos legais que dispunham sobre as regras de amortização do ágio, refletidas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 no âmbito do regime do ágio da Lei nº 9.532/97, de conteúdo muito claro e sem qualquer vedação ao aproveitamento fiscal do chamado “ágio intragrupo”;
- O regime da Lei nº 9.532/97 aplicável à aquisição das ações da Vivo Par não restringia a dedução fiscal do ágio registrado em operações envolvendo empresas sob controle comum, muito menos quando estas observaram parâmetros de mercado;
- Ao sustentar a suposta existência de vedação ao que se chamou de “ágio interno”, a autoridade lançadora atribui natureza interpretativa à norma da Lei nº 12.973/2014, com vistas a aplicá-la de maneira retroativa;
- Cita o Acórdão n. 9101-006.358 em sessão de 8.11.2022 - Caso Angeloni;
- Cita o Acórdão nº 9101-006.373 em sessão de 09.11.2022 - Caso Ri Happy;
- Cita o Acórdão nº 1402-006.078 em sessão de 21.09.2022 - Ágio Vivo;
- Alega ainda que a exigência de “propósito comercial” não possa ser invocada como justificativa para a cobrança de tributos, conforme decisão do A. STF na ADI 2446, transitada em julgado em maio de 2022, na qual prevaleceu o voto condutor da Ministra Relatora Carmen Lúcia o qual reconhece que o “propósito comercial” ou “motivação extratributária”

carece de base legal, o pagamento de ágio é decorrente de operações legítimas com robusto sentido empresarial e negocial;

- A autoridade lançadora não logrou desqualificar a validade dessas operações ocorridas, tampouco suscitar, qualquer vício apto a infirmar os legítimos efeitos dos atos jurídicos praticados;
- A presença desses acionistas não relacionados na transação envolvendo duas companhias abertas leva, portanto, a duas consequências: (i) a operação foi realizada em bases comutativas, uma vez que a CVM exige que sejam criados comitês independentes para determinar a relação de troca na incorporação das ações (nos termos do Parecer Orientação nº 35/2008); (ii) é inadmissível alegar que o ágio referente à parcela adquirida dos acionistas não relacionados seria um “ágio interno”, conforme reconhecido pelos pareceres anexados aos autos; e (iii) .Era necessário que a relação de troca das ações da Vivo Par com as novas ações de emissão da Impugnante fosse determinada seguindo parâmetros de mercado, os quais foram avaliados pelo Laudo DCF Planconsult;

#### **Ausência de obrigatoriedade de retenção do IRRF sobre o ganho de capital pelos acionistas na operação**

- Segundo as regras tributárias vigentes à época dos fatos, a Impugnante não estava obrigada a reter e recolher o imposto sobre a renda de eventual ganho de capital dos acionistas não residentes.
- A disposição prevendo a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do IRRF em operações de incorporação de ações apenas surgiu com a edição e entrada em vigor da Instrução Normativa RFB nº 1.664/2016 e Instrução Normativa nº 1.732/2017 editadas pela própria RFB, as quais alteraram a Instrução Normativa nº 1.455/2014 que dispõe sobre a incidência do IRRF sobre rendimentos pagos, creditados, empregados, entregues ou remetidos para pessoas jurídicas domiciliadas no exterior;
- Veja-se que também inexistia qualquer manifestação vinculante da COSIT ou regra vigente nesse sentido. A primeira manifestação formal da COSIT ocorreu em 14.08.2014 com a publicação da Solução de Consulta COSIT nº 224/2014, aduzindo que “na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação”. Posteriormente, em 25.01.2017, foi editada a Solução de Consulta COSIT nº 88/2017 reafirmando o entendimento anterior e reconhecendo a tributação da operação de incorporação de ações pelo IRRF;
- Por fim, no plano jurídico, é suficiente constatar que não faz parte das condições do regime do ágio da Lei nº 9.532/97 e artigos 385 e 386 do RIR/99, que o alienante, não residente, da participação societária tenha apurado ganho de capital e que este tenha sido tributado pelo regime de tributação exclusiva na fonte;

#### **A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO CONTÁBIL ADOTADO PELA IMPUGNANTE À LUZ DO NOVO REGIME CONTÁBIL**

- Diferentemente do que afirma a autoridade lançadora, as transações entre entidades sob controle comum não são obrigatoriamente realizadas pelos seus valores contábeis a partir do Método de Custo. Pelo contrário, o ICPC 09 determina que: (i) deverá ser aplicada a regulação existente por órgão regulador da entidade; e (ii) na hipótese de não existir norma específica, a administração deve avaliar a política contábil específica que tome por base a prevalência da substância econômica sobre a forma;
- O ICPC 09, em nenhum momento, afirma que a operação deve ser realizada pelo seu valor contábil, mas sim que deve ser examinada a substância econômica da operação. Dessa forma, a redação do ICPC 09 faz cair por terra o entendimento da autoridade lançadora no sentido de que existiria uma vedação ao reconhecimento do ágio em operações realizadas entre partes sob controle comum;
- Mais do que não vedar o reconhecimento do ágio em transações envolvendo entidades sob controle comum, o CPC orienta que as entidades desenvolvam suas políticas contábeis com fundamento no princípio da “substância sobre a forma”, o que também justifica o cancelamento do Auto de Infração;

#### **A aplicação do Método de Aquisição à aquisição da Vivo Par: efetivo sacrifício econômico**

- Caso a transação possua substância econômica equiparável a uma transação entre partes independentes (em especial nos casos em que haja a presença de acionistas não relacionados), deve ser aplicado o Método de Aquisição, observando o CPC 15. Por outro lado, caso não haja substância econômica de uma transação entre terceiros, o Método de Custo deve ser adotado;
- Em suma, inexistente a obrigação de realizar as operações pelo seu valor contábil: pelo contrário, **sempre que houver substância econômica, o adquirente deve aplicar o método de aquisição (previsto no CPC 15/IFRS 3)**;

#### **CVM**

- No exercício de sua prerrogativa de fiscalização de companhias abertas, a CVM examinou a incorporação de ações da Vivo Par em quatro processos administrativos (Processo Administrativo CVM RJ-2011-191, 2011-4394, 2011-10445 e 2011-10672), sem jamais ter questionado a operação e o respectivo ágio apurado e pago pela Impugnante, muito menos determinado a republicação de seus documentos contábeis;
- A Impugnante destaca o Parecer da Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) proferido no Processo Administrativo CVM RJ-2011-191 que analisou a operação, tendo o documento concluído que:  
(i) a operação atendeu a todos os normativos da CVM que regulamentam as operações de incorporação de ações, inclusive à Instrução CVM 319/99; (ii) caso a relação de troca tivesse sido determinada com base nas cotações de mercado das ações envolvidas, a relação de troca seria mais benéfica ao Grupo Telefônica do que seria na hipótese da relação de troca proposta no protocolo da operação, fato que evidencia que o valor de mercado apurado

nos laudos de avaliação é consistente e que inexistiu a “superestimação de patrimônios” como indevidamente afirmado pela autoridade lançadora; e (iii) o Parecer de Orientação CVM nº 35/08 foi integralmente observado, com o envolvimento de Comitês efetivamente independentes, sem que exista qualquer indício de interferência externa nas negociações;

- Em suma, a CVM analisou e não questionou a operação e o Ágio Vivo pago e registrado pela Impugnante, o que confirma que **esse órgão competente reconheceu de maneira inequívoca a legitimidade do procedimento contábil adotado na operação**. E a legitimidade e competência é relevante, pois o questionamento apresentado pela RFB usurpa a competência da CVM de analisar as demonstrações contábeis de companhias de capital aberto;

#### **Ausência de “superestimação” do patrimônio líquido da Impugnante**

- A glosa dos JCP é um reflexo da glosa do Ágio Vivo. Isto é, por compreender que o ágio não poderia sequer ter sido registrado na contabilidade, a autoridade lançadora alega que houve superestimação do patrimônio líquido da Impugnante;

- A lei tributária não exige (e nunca exigiu) que a base de cálculo dos JCP desconsiderasse ajustes contábeis atrelados a combinações de negócio entre partes sujeitas a controle comum.

- Em realidade, a lei tributária se refere apenas ao patrimônio líquido do contribuinte, de forma estática. Na vigência do RTT, o artigo 9º da Lei nº 9.249/95 previa que os JCP deveriam ser calculados sobre as “contas do patrimônio líquido”. Com a Lei nº 12.973/14 esse escopo foi alterado, e o artigo 9º da Lei nº 9.249/95 passou a especificar quais contas patrimoniais devem ser consideradas no cálculo;

- Não restam dúvidas de que o registro e mensuração contábil do Ágio Vivo foram adequados tanto no Regime Contábil Anterior, quanto no Novo Regime Contábil, sem que exista qualquer fundamento para ajuste no valor do patrimônio líquido da Impugnante;

- É importante notar também o disposto no artigo 14 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 (alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.492/2014), segundo a qual, na vigência do RTT, a pessoa jurídica poderia optar entre as seguintes alternativas para cálculo do limite de JCP: (i) utilizar o valor de patrimônio líquido apurado conforme o Regime Contábil Anterior (métodos e critérios vigentes em 31.12.2007); ou (ii) utilizar o valor de patrimônio líquido apurado conforme o Novo Regime Contábil. Esse comando é igualmente refletido pelo artigo 73 da Lei nº 12.973/2014;

- Apesar da faculdade conferida pela referida norma editada pela própria RFB, a autoridade lançadora não especificou qual dos critérios levou em consideração para o cálculo do limite de JCP;

- As normas editadas pela RFB contêm previsão quanto aos seguintes ajustes que devem ser efetuados no valor do patrimônio líquido para fins de cálculo do JCP: (i) reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica; (ii) reserva de correção especial do ativo permanente; e, (iii) reserva de reavaliação capitalizada, em relação às parcelas não realizadas.

Eram apenas esses ajustes que deveriam ser expurgados do patrimônio líquido para fins de cálculo dos JCP. **Qualquer outro ajuste ou expurgo pretendido pela autoridade não encontra respaldo na legislação aplicável aos fatos, devendo ser afastado;**

- Ademais, para fins de cálculo do JCP, a Lei nº 11.941/2009 que criou o RTT e a Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 estabeleciam que não serão considerados no valor do patrimônio líquido os valores a título de “ajustes de avaliação patrimonial” relativos à análise sobre a recuperação dos valores registrados no imobilizado e no intangível (artigo 183, §3º da LSA). Não havia, portanto, qualquer outro ajuste a ser feito nas contas do patrimônio líquido para fins de cálculo do JCP.

#### **Irrelevância de eventual ajuste patrimonial para fins da base de cálculo dos JCP**

- Embora a transação tenha ocorrido durante a vigência do RTT, a autoridade lançadora buscou fundamentar essa acusação nas premissas de que (i) a transação estaria sujeita ao Novo Regime Contábil; e (ii) no Novo Regime Contábil, o CPC 15 e o Método de Aquisição não seriam aplicáveis à transação;

- Como já foi dito, inexistente regra contábil específica que trate da “Combinação de Negócios” entre empresas sob controle comum. Há apenas regra contábil que disciplina as transações entre sócios, ou “de capital”. Trata-se do Pronunciamento Técnico nº 36 – Demonstrações Consolidadas (“CPC 36” – itens 22 e ss.) e da ICPC 09 (itens 64 e ss.);

- Em outras palavras, o CPC 36, a ICPC 09 e o Manual FIPECAFI apontam que, na incorporação de ações sujeita ao Novo Regime Contábil mas **não** sujeita ao CPC 15, a diferença entre **(i)** o valor justo da contraprestação paga pelas ações adquiridas (i.e., valor justo das ações emitidas pela incorporadora); e **(ii)** o valor patrimonial da participação adquirida dos não controladores deve ser registrada diretamente no patrimônio líquido;

- Ocorre que nem o CPC 36 nem a ICPC 09 especificam onde, dentre as contas patrimoniais, esse ajuste deve ser registrado. O ICPC 09 ilustra a aplicação dessas regras por meio de um exemplo prático. No exemplo, os ajustes foram lançados em uma conta de “Ágio em Transações de Capital”.

- A conta de “Ágio em Transações de Capital” não está prevista expressamente pela Lei nº 6.404/76 dentre as contas patrimoniais. Vale recordar que, de acordo com o artigo 178, III da Lei nº 6.404/76, o patrimônio líquido se subdivide em **(i)** capital social; **(ii)** reservas de capital; **(iii)** ajustes de avaliação patrimonial; **(iv)** reservas de lucros; **(v)** ações em tesouraria; e **(vi)** prejuízos acumulados;

- Dentre todas as contas patrimoniais previstas pela Lei nº 6.404/76, resta apenas a conta de “Ajustes de Avaliação Patrimonial” (“AAP”). Nesta, a Lei nº 6.404/76 exige que sejam computadas “as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo, nos casos previstos nesta Lei ou, em normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários”;

- Ou seja, ainda que o entendimento da autoridade lançadora fosse correto (e não é), a “baixa” do Ágio Vivo seria refletida no patrimônio líquido da Impugnante em uma conta de AAP (conta redutora do patrimônio líquido);
- Ocorre que, para fins tributários, a legislação que rege a apuração dos JCP indica contas contábeis específicas do patrimônio líquido do contribuinte, sobre as quais devem ser calculados os juros.
- Tanto a Lei nº 11.941/09 quanto a Lei nº 9.249/95 (com a redação alterada pela Lei nº 12.973/14) excluem da base de cálculo dos JCP a conta de AAP;
- A Lei nº 11.941/09 o faz de forma expressa (artigo 59), ao passo que a Lei nº 9.249/95 o faz forma tácita, ao apontar o rol taxativo de contas patrimoniais que devem ser consideradas no cálculo dos JCP (artigo 9º, § 8º);
- O resultado prático seria a apuração de JCP sobre exatamente o mesmo valor e contas patrimoniais que foram de fato consideradas pela Impugnante, não havendo que se falar em patrimônio “superestimado”, excesso ou desnecessidade das despesas JCP;

#### **ÁGIO GVT – REGIME DA LEI N. 12.973/14 - AQUISIÇÃO DA GVT JUNTO AO GRUPO VIVENDI**

- A compra da GVT pela Impugnante representou a aquisição de um concorrente direto do setor brasileiro de telecomunicação, sendo um movimento estratégico e natural para melhorar o seu posicionamento no mercado e perfil de crescimento nesse setor;

#### **A celebração do Contrato de Compra e Venda entre a Impugnante e o Grupo Vivendi**

- O processo de aquisição da GVT pela Impugnante foi o resultado de várias etapas, desde a oferta inicial apresentada ao Grupo Vivendi pela Impugnante, conforme expressamente autorizado pelo seu Conselho de Administração, até a sua incorporação, com a extinção da GVT e integração entre as atividades operacionais das duas empresas;
- A GVT (e a sua subsidiária, a GVT Operadora) era uma empresa integrante do Grupo Vivendi, cujo investimento era detido pelas sociedades holdings francesas Société d’Investissements et de Gestion 72 S.A. (“SIG 72”) e Société d’Investissements et de Gestion 108 S.A. (“SIG 108”, em conjunto com a SIG 72 são referidas como “Vendedores”). Essas sociedades eram controladas pela Vivendi S.A. (“Vivendi”);
- Em 04.08.2014, o Conselho de Administração da Impugnante (por meio da 250ª Reunião), seguindo o disposto no artigo 17, inciso XXV do seu Estatuto Social, aprovou, por unanimidade, apreciar a “oportunidade de negócio consubstanciado na aquisição da totalidade do capital da GVT”, cuja oferta de compra, pela Impugnante, foi dirigida à Vivendi S.A. (**doc. 13**);
- Essa oferta inicial contemplava o preço total de compra em reais totalizando R\$ 20,10 bilhões, sendo R\$ 11,96 bilhões à vista, em dinheiro, e a parcela remanescente a ser paga na forma de ações que seriam emitidas

pela Impugnante. Essa oferta era válida até 03.09.2014 e estava sujeita às condições aplicáveis, incluindo a necessidade de aprovação pelas autoridades reguladoras, em especial o CADE e a ANATEL;

- Em 27.08.2014, o Conselho de Administração da Impugnante novamente se reuniu (**Doc. 11-** 252ª Reunião), indicando que os Conselheiros examinaram e aprovaram a submissão à Vivendi de oferta de compra revisada em substituição à anterior e vinculativa por parte da Impugnante, contemplando condições semelhantes para a aquisição da totalidade de ações da GVT. Essa oferta revisada foi divulgada ao mercado pela Impugnante no Fato Relevante datado de 28.08.2014 (**Doc. 12**);

- A oferta de compra revisada contemplava o seguinte preço de compra (i) pagamento de parcela em dinheiro, no montante de EUR 4.663.000.000,00 (“Parcela em Dinheiro”); além de (ii) uma parcela em ações emitidas pela própria Impugnante após a sua combinação com a GVT (“Parcela em Ações”). Essa nova oferta totalizou EUR 7,45 bilhões e era válida até 29.08.2014, podendo ser estendida caso o Grupo Vivendi aceitasse conceder exclusividade por 3 (três) meses, já que, conforme amplamente noticiado à época, a TIM também estava no processo competitivo de aquisição da GVT, conforme refletido nas atas da RCA da Impugnante, arquivadas na JUCESP (Doc. 11);

- Após o envio da oferta de compra revisada pela Impugnante, o Conselho de Administração da Vivendi aceitou conceder a referida exclusividade para dar andamento às negociações envolvendo a aquisição das ações da GVT pela Impugnante. Vide fato relevante emitido em 29.08.2014 pela Impugnante, no qual também foram reiterados ao mercado brasileiro os principais termos daquela oferta (Doc. 13);

- A divulgação feita pela Impugnante de que o Grupo Vivendi havia aceitado a exclusividade para negociação do investimento na GVT, foi bem recebida pelo mercado acionário. No pregão subsequente ao anúncio (que ocorreu numa sexta-feira), as ações da Impugnante negociadas em bolsa tiveram a maior valorização do índice Ibovespa;

- Após negociações, em 18.09.2014, a Impugnante celebrou o Contrato de Compra e Venda, na qualidade de Compradora. Esse contrato regula os principais termos e condições para a compra de 100% do investimento na GVT. A Impugnante foi representada, no contrato, pelo seu Diretor Presidente e pelo Diretor de Finanças, Controle e Relação com Investidores, conforme autorização dada pelo seu Conselho de Administração (doc. 14). O contrato é inteiramente regido e deve ser interpretado de acordo com as leis brasileiras, conforme previsto na Cláusula 10.10;

- Naquela mesma data, o Conselho de Administração da Impugnante se reuniu novamente (ata da 254ª Reunião), ocasião em que foi informado pelo Diretor Presidente da Impugnante que a operação foi concluída, conforme negociado e aprovado pelos Diretores da Impugnante, tendo o Conselho novamente aprovado a realização de todos os atos necessários à concretização do negócio (doc. 15);

#### **Aprovação da operação pela ANATEL e CADE**

- Uma das Condições Precedente do Contrato de Compra e Venda envolvia o exame prévio e a aprovação da aquisição do investimento na GVT (i) pela ANATEL, considerando o setor regulado em que essas empresas atuavam; e (ii) pelo CADE, de modo a verificar se operação resultaria em concentrações relevantes, o que exigiria que fossem adotadas medidas no sentido de assegurar a oferta, qualidade e preços competitivos nos mercados, em especial na oferta dos serviços de telefonia fixa, internet banda larga e TV por assinatura. Esse último examinou ainda os impactos da troca de ações da Telecom Itália (TIM) entre a Telefónica Espanha e o Grupo Vivendi;
- Tanto a ANATEL como o CADE aprovaram a operação, nos termos formalizados pelo Ato nº 448/2015 da ANATEL, publicado em 26.01.2015, e pelo Ato de Concentração Ordinário nº 08700.009732/2014-93 do CADE (**Doc. 16**);

#### **A Oferta Pública de Ações da Impugnante**

- As partes acordaram na Cláusula 2.1 do Contrato de Compra e Venda que a Impugnante deveria pagar aos Vendedores, na Data de Fechamento, o preço de compra composto pela Parcela em Dinheiro e pela Parcela em Ações, totalizando EUR 4,66 bilhões, em contrapartida pela aquisição de 100% das ações da GVT que eram detidas pela SIG 72 e SIG 108, refletindo o valor da oferta revisada que havia sido enviada pela Impugnante no fim de agosto de 2014 e aceita pelo Grupo Vivendi;
- As principais alternativas disponíveis para captação dos recursos, empregados no pagamento do preço de compra ao Grupo Vivendi, eram (i) o financiamento por meio de uma estrutura com capital de terceiros, tais como instrumentos de dívidas ou empréstimos junto a instituições financeiras locais ou estrangeiras; e/ou (ii) uma oferta de novas ações em bolsa de valores, uma vez que a Impugnante é companhia de capital aberto com ações negociadas na B3 (VIVT3) e ADS na NYSE.
- O Conselho de Administração (conforme atas da 266ª a 270ª RCA) e os acionistas da Impugnante adotaram a alternativa descrita no item (ii), aprovando a Oferta Pública de Ações (oferta primária que é conhecida no mercado como *Follow On*) que envolveu o aumento de capital da Impugnante mediante a emissão de novas ações ordinárias (ON) e preferenciais (PN), com o ingresso de valores no caixa da Impugnante;
- A oferta global ocorreu em bolsa de valores no Brasil e no exterior, estando sujeita ao exame e aprovação da CVM e das demais autoridades reguladoras (**doc. 17**). A operação foi noticiada ao mercado no Fato Relevante divulgado pela Impugnante em 26.03.2015 (**doc. 18**), sendo anunciada em 28.04.2015 (**doc. 19**);
- A Oferta Pública de Ações ocorreu em abril de 2015 (**doc. 20**), sendo emitidas (i) 121.711.240 ações ON, ao preço de emissão unitário de R\$ 38,47 (subscrita por um total de 156 acionistas tais como pessoas físicas, pessoas jurídicas clubes de investimento, fundos de investimentos e entidades de previdência complementar); e (ii) 243.086.248 ações PN, ao preço de emissão unitário de R\$ 47,00 (subscrita por um total de 1694 acionistas). O preço de emissão das ações foi definido com base em cotação

média e a preço de mercado e, como resultado da Oferta Pública de Ações, o capital social da Impugnante foi aumentado em R\$ 16.107.285.058,80;

#### **O Contrato de Troca de Ações (swap agreement)**

- Como uma das “Condições Precedentes” previstas no Contrato de Compra e Venda, a Telefónica Espanha - sociedade localizada na Espanha e controladora indireta da Impugnante – assumiu a obrigação de troca (i) da participação equivalente a 12% do capital social da Impugnante a ser recebida pelo Grupo Vivendi como contraprestação parcial pela GVT, a Parcela em Ações; (ii) por ações da Telecom Itália (TIM) detidas pela Telefónica Espanha (Cláusula 3.4.A.”e” do Contrato de Compra e Venda);
- Essas ações detidas pela Telefônica Espanha eram de grande interesse do Grupo Vivendi, o qual já detinha investimento naquela companhia, desejando expandir a sua participação. Como é possível observar de notícias publicadas à época, a partir do recebimento das ações da Telecom Itália, o Grupo Vivendi tornou-se o maior acionista da empresa;
- Nesse ponto, é fundamental ressaltar que a efetiva troca de participação na Impugnante recebida pelo Grupo Vivendi por ações da TIM detidas pela Telefônica Espanha configura um evento ocorrido após o fechamento da operação, isto é, após a efetiva aquisição da GVT pela Impugnante, sem relação com o preço pago pela Impugnante aos Vendedores, a partir da obrigação assumida no Contrato de Compra e Venda;

#### **O pagamento do preço de aquisição pela Impugnante aos Vendedores**

- Em vista ao atendimento a todas as condições precedentes estabelecidas no Contrato de Compra e Venda e o sucesso da captação dos recursos financeiros por meio da Oferta Pública de Ações, a Impugnante pagou a Parcela em Dinheiro aos Vendedores. Essa parcela do preço de compra, ressalte-se, estava sujeita a ajustes na Data de Fechamento que ocorreu em 28.05.2015 (“Data do Fechamento”), com base nos valores de endividamento líquido, de capital de giro e de caixa da GVT, nos termos acordados na Cláusula 2.2 do Contrato de Compra e Venda;
- Esses ajustes, especificamente, fizeram com que o valor da Parcela em Dinheiro totalizasse EUR 2.600.653.650,00 na Data do Fechamento, sendo EUR 2.598.864.591,50 pagos à SIG 108 (totalizando R\$ 8.897.810.667,86 convertido para Reais) e EUR 1.789.058,50 pagos à SIG 72 (R\$ 6.125.253,26), conforme comprovado pelos contratos de câmbio anexos;
- O pagamento da Parcela em Ações que compunha o preço de compra acordado no Contrato de Compra e Venda ocorreu mediante a incorporação das ações da GVT pela Impugnante, conforme regulado pelo Protocolo de Incorporação de Ações e Instrumento de Justificação (“Protocolo de Incorporação”), datado de 12.05.2015, anexado aos presentes autos (**doc. 21**);
- Após a incorporação de ações da GVT, a Impugnante adquiriu as ações remanescentes daquela companhia que ainda eram detidas pela SIG 108. A GVT se tornou uma subsidiária integral da Impugnante, nos termos do artigo 252 da LSA;

- As ações da GVT foram avaliadas na incorporação de ações pelo seu valor econômico de mercado, com data base em 31.12.2014. Esse valor foi calculado pelo laudo de avaliação econômica elaborado pela Planconsult (“Laudo Planconsult GVT” – **doc. 22**);
- O aumento de capital envolveu a emissão de 134.320.885 ações PN e de 68.597.306 ações ON pela Impugnante que foram entregues à SIG 108, âmbito da Incorporação de Ações, pela qual a sociedade francesa alienou à Impugnante as 2.808.067.368 ações da GVT (item 4.2 do Protocolo de Incorporação) que ainda detinha e recebeu, em contrapartida, ações emitidas pela Impugnante;
- O valor da cotação bursátil dessas ações na Data do Fechamento era de R\$ 44,19 (PN) e de R\$ 37,35 (ON), resultando no preço total de R\$ 8.477.313.781,80 pago pela Impugnante à SIG 108 (Grupo Vivendi) na Parcela de Ações, correspondente a EUR 2.482.015.020,83 (a cotação de EUR 1,00 = R\$ 3,42373);
- Como o valor de alienação dessas participações societárias superava o custo de aquisição detido pela SIG 108 e pela SIG 72 em relação ao investimento na GVT, a Impugnante, na qualidade de adquirente, efetuou a apuração e recolhimento do IRRF incidente à alíquota de 15% sobre os ganhos de capital auferidos pelos Vendedores, tal como disposto na legislação fiscal em vigor (Instrução Normativa RFB nº 1.455/2014 que estava vigente no momento da operação);
- O IRRF recolhido pela Impugnante totalizou R\$ 1.076.946.866,15, conforme comprovam os DARFs anexos (**doc. 23**);
- A caracterização da Impugnante como a adquirente responsável pela retenção e recolhimento do IRRF foi expressamente reconhecida pela RFB nos autos de Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92. Esse fato foi ignorado pela autoridade lançadora, conforme abordado adiante;

#### **O registro do Ágio GVT pela Impugnante**

- Em vista dos atos jurídicos de aquisição da GVT, do pagamento do preço respectivo e da qualificação da operação como uma “Combinação de Negócios” à luz do CPC 15, a Impugnante, como adquirente do investimento, devia, nos termos do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, alterado pela Lei nº 12.973/2014, desdobrar o custo de aquisição do investimento em: (i) valor de patrimônio líquido da GVT na data de aquisição; (ii) mais ou menos-valia, que correspondia à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da GVT e o respectivo valor patrimonial; e (iii) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), o qual correspondia à diferença entre o custo do investimento e a soma dos valores indicados nos itens (i) e (ii);
- O valor do item (ii) da GVT foi contabilizado pela Impugnante com suporte nos valores apurados Laudo PPA Apsis (preparado por empresa especializada e independente), sintetizado no quadro abaixo:

TABELA DE ALOCAÇÃO DO PREÇO PAGO		
	em euros	em reais
Preço de compra em dinheiro (item 2.1 (i) do SPA)	4.663.000,00	15.964.852.990,00
(-) Ajuste de preço estimado na data de fechamento	(2.062.346.350,00)	(7.060.899.276,87)
(=) Parcela em dinheiro paga no dia do fechamento	2.600.653.650,00	8.903.953.713,13
Preço de compra pago em ações - valor justo do preço de emissão de		
(+) 12% do capital da TBRASIL (cotação média 28/5/2015)	2.446.343.399,36	8.477.313.781,80
(=) Preço de compra total	5.046.997.049,36	17.381.267.494,93
(+) Contraprestação contingente	103.003.531,49	344.217.201,54
(=) Contraprestação total	5.150.000.580,85	17.725.484.696,47
(-) Ajuste de preço pós fechamento (item 2.2.1 do SPA)	(19.900.000,00)	(84.598.004,40)
(=) Contraprestação transferida	5.130.100.580,85	17.640.886.692,07
sendo:		em reais
Valor contábil dos ativos líquidos identificáveis e passivos assumidos		1.752.724.669,34
Mais valia líquida de ativo imobilizado e intangível registrados		429.995.469,68
Marca		59.000.000,00
Carteira de clientes		2.523.000.000,00
Passivo contingente		(512.648.895,36)
IR diferido sobre passivo contingente		174.300.624,42
(=) Valor justo dos ativos líquidos identificáveis adquiridos		4.426.371.868,08
(+) Goodwill		13.214.514.823,99
(=) Contraprestação transferida		17.640.886.692,07

• Considerando as contraprestações acordadas no Contrato de Compra e Venda e os ajustes realizados na Parcela em Dinheiro, o montante total da contraprestação paga pela Impugnante aos Vendedores (SIG 108 e SIG 72 – Grupo Vivendi) pela aquisição de 100% das ações da GVT totalizou R\$ 17,6 bilhões (Parcela em Dinheiro e Parcela em Ações), tendo a Impugnante registrado o Ágio GVT no valor de R\$ 13,2 bilhões;

#### **A incorporação da GVT pela Impugnante**

• Em março de 2016, o Conselho de Administração da Impugnante aprovou a reestruturação que visou à simplificação da estrutura societária, a qual contava, naquele momento, com a oferta dos principais serviços de telecomunicação (telefonia, banda larga/dados e TV por assinatura) por duas empresas distintas que operavam com marcas próprias;

• Essa reestruturação consistiu na incorporação da GVT pela Impugnante (“Incorporação”), sendo que, na mesma data e imediatamente antes da Incorporação, a GVT Operadora foi cindida e o seu acervo líquido foi vertido em parte para a GVT e em parte vertido para a POP – empresa controlada pela GVT;

• Como resultado da absorção do patrimônio da GVT (que havia incorporado o acervo cindido da GVT Operadora), que ocasionou a extinção dessa companhia, a Impugnante sucedeu a GVT a título universal em todos os seus direitos e obrigações. Operou-se a transferência, para a Impugnante, dos funcionários do quadro da GVT, das autorizações e licenças concedidas pela ANATEL, dos seus ativos circulantes (total de R\$ 1.900.340.947,37), ativos não circulantes (total de R\$ 14.639.736.581,66), incluindo a sua infraestrutura de redes no país, assim como passivos (totalizando R\$ 7.734.137.698,90), dentre outros bens, direitos e obrigações. Esses ativos e passivos são detalhados pelos documentos que formalizaram e suportam a Incorporação (**Doc. 24**);

• Após a cisão total da GVT Operadora, com a incorporação do acervo cindido pela GVT e posterior extinção desta companhia em razão da Incorporação pela Impugnante, esta passou (i) a deduzir o Ágio GVT para fins fiscais à razão de 1/60 avos por mês; assim como (ii) considerou o saldo da mais-valia dos ativos identificados pelo Laudo PPA Apsis como integrante do custo desses ativos (bens e direitos) para fins do cômputo da

amortização/depreciação, exatamente como autorizado pelo regime do ágio da Lei nº 12.973/2014 aplicável à operação, nos termos em que dispõe o artigo 65 dessa lei e o artigo 144 do CTN. O artigo 65 prevê a aplicação obrigatória do novo regramento às aquisições de participação societária ocorridas a partir de 2015, tal como a aquisição da GVT pela Impugnante que ocorreu em maio de 2015 (Data de Fechamento);

- importante ressaltar que a reestruturação implicou perda de prejuízos fiscais da GVT Operadora em valores relevantes (conforme disposto no artigo 514 do RIR/99), o que demonstra que, em nenhum momento, a operação foi estruturada para obter benefícios tributários;

#### **O REGIME DO ÁGIO DA LEI N. 12.973/2014 APLICÁVEL AO ÁGIO GVT**

- As modificações introduzidas por esse regime se referem à mensuração dos itens patrimoniais a serem desdobrados, e à formalidade na identificação das mais ou menos-valias, que agora exigem laudo de empresa independente. Esse é o novo comando do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, alterado pela Lei nº 12.973/2014;

- Para os investimentos que se caracterizem como relevantes, e, portanto, sujeitos ao MEP, como é o caso do investimento na GVT adquirido pela Impugnante (conforme será retomado adiante), devem ser reconhecidos e mensurados (i) primeiramente, os ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos a valor justo; e (ii) posteriormente, o ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), ou o ganho proveniente de compra vantajosa;

- De acordo com as novas regras do regime do ágio da Lei nº 12.973/2014, o contribuinte não mais aponta o fundamento econômico do ágio com base no elemento subjetivo que motivou a aquisição da participação societária com pagamento de ágio, sem ordem de prioridades (isto é, o Ágio Mais-Valia, Ágio Rentabilidade ou Ágio Outras Razões). O ágio por rentabilidade futura passa a ser registrado com base no valor residual (por diferença) do custo de aquisição de investimento, após a alocação desse custo ao valor patrimonial da empresa investida e ao valor justo de seus ativos líquidos;

- O artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 estabelece que, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade da empresa investidora, na data da aquisição, referente ao ágio por rentabilidade futura, decorrente de aquisição de investimento entre partes não dependentes, poderá ser deduzido para fins fiscais nos períodos de apuração subsequentes, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês;

- No tocante ao tratamento fiscal da mais ou menos valia, as regras daquela lei estabelecem que, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade da empresa investidora, referente à mais ou menos valia, decorrente de aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem que lhe deu causa para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão;

- Portanto, as condições legais para aplicação do regime da Lei nº 12.973/2014 são as seguintes:

- **Para o registro do ágio e das mais ou menos valias na aquisição do investimento:** (i) aquisição de participação societária em coligada ou controlada (artigo 20, *caput* do Decreto-lei nº 1.598/77); (ii) desdobramento contábil do valor da aquisição em: (a) patrimônio líquido, (b) mais ou menos valia dos ativos e passivos líquidos e (c) ágio por rentabilidade futura – artigo 20 *caput* e incisos I, II e III, do Decreto-lei nº 1.598/77; e (iii) A elaboração do Laudo PPA, para justificação dos valores de mais e menos valia e seu registro tempestivo (artigo 20, §2º, do Decreto-lei nº 1.598/77).
- **Para a posterior dedução fiscal do ágio e da mais valia:** evento posterior de incorporação, fusão ou cisão, em que a adquirente absorva a adquirida ou vice-versa (*caput* dos artigos 20 e 22, da Lei nº 12.973/2014); e (v) independência entre a adquirente e os alienantes da participação societária (regra que, como explicado, inexistia no regime do ágio da Lei nº 9.532/97).

**O equívoco da autoridade lançadora ao qualificar a Telefónica Espanha como “real adquirente” do investimento na GVT**

- A autoridade lançadora ainda sustenta, nesse contexto, que os recursos captados pela Impugnante na Oferta Pública de Ações teriam sido subscritos por seu controlador, afirmando que a operação foi “estruturada para financiar a aquisição da GVT pela Impugnante, que não dispunha de recursos próprios”;
- A glosa do Ágio GVT pode ser resumida na desconsideração pretendida pelo lançamento de dois atos jurídicos: (i) a contribuição de capital que foi subscrita em parte pelos acionistas da Impugnante no âmbito da Oferta Pública de Ações; e (ii) o Contrato de Compra e Venda celebrado entre a Impugnante e o Grupo Vivendi para a aquisição da GVT.
- Para o Fisco, portanto, os efeitos jurídicos da operação decorreriam da origem econômica dos recursos ou os respectivos fluxos financeiros, e não dos atos e negócios jurídicos realizados e dos próprios efeitos atribuídos pela lei brasileira a eles;
- Não há qualquer comando no regime da Lei nº 12.973/2014 aplicável ao Ágio GVT que dê suporte aos chavões de “real investidor” ou “ausência de confusão patrimonial” à luz dos fluxos econômicos da operação e ao fato de a sociedade investida ter utilizado recursos recebidos via aporte de capital do seu controlador (que legitimamente exerceu o direito de preferência e subscreveu o aumento para evitar ser diluído), empregando os recursos para legitimamente pagar uma parte do preço de compra (a Parcela em Dinheiro);
- As negociações tratadas com os Vendedores, o atendimento das “Condições Precedentes”, a assunção das principais obrigações no Contrato de Compra e Venda regido integralmente pela lei brasileira e a apresentação de declarações dizem respeito à Impugnante e não à Telefónica Espanha ou qualquer outra empresa no exterior;
- Foi a Impugnante quem pagou o preço de aquisição da GVT a SIG 72 e SIG 108, correspondente à Parcela em Dinheiro e Parcela em Ações emitidas pela própria Impugnante que correspondiam a 12% do seu capital social. Todas as etapas de aquisição e de pagamento do preço de aquisição foram concretizadas pela Impugnante;

- Foi a Impugnante que requereu aos órgãos reguladores brasileiros, na qualidade de adquirente da GVT, a análise e aprovação da aquisição desse investimento, e as análises e respectivas aprovações se deram tendo por objeto a relação jurídica nestes termos estabelecida. Os termos da aprovação do CADE e da ANATEL atestam expressamente que a aquisição do controle da GVT envolve a Impugnante, sendo a confluência de sinergias decorrentes do negócio de ambas que deve ser examinada por esses órgãos, sujeitando à aprovação ou restrições;

- A integração total do negócio da GVT se deu junto à Impugnante, real interessada e beneficiária da aquisição. Portanto, a Impugnante foi a efetiva e verdadeira adquirente das ações da GVT para todos os fins fáticos e legais;

**A transferência da titularidade de recursos do sócio para a sociedade investida como efeito do aumento de capital**

- No caso de um fluxo de recursos financeiros de uma investidora estrangeira para a sua controlada, são os atos jurídicos de aumento de capital, de empréstimo (ou ainda de outra operação) que qualificarão a que título este fluxo ocorreu e os seus respectivos efeitos;

- A integralização do capital é uma forma de alienação do ativo que passa a constituir o patrimônio da pessoa jurídica, que não se confunde com o do acionista, que recebe apenas o direito de acionista materializado nas ações recebidas;

- O aporte legítimo de bens e direitos a uma sociedade pelos seus sócios promove a transferência desses bens e direitos, segregando-os do patrimônio dos sócios e transferindo-os à sociedade investida. Passam a ser recursos próprios da sociedade investida, ingressando em sua esfera patrimonial. O destino que será dado a esses recursos o será em nome próprio da sociedade que os recebeu;

- Inegavelmente que o recebimento de recursos pela Impugnante via aumento de capital subscrito, em parte, pela sua controladora estrangeira, a Telefónica Espanha, exercendo o seu direito de preferência para que esta não fosse diluída perante os demais acionistas, apenas corrobora a personificação jurídica da Impugnante e robustece a sua autonomia patrimonial, tendo utilizado esses recursos para a estrita consumação de seu objeto social e expansão das suas atividades no setor telecomunicações;

- Jamais poderia ser classificado como um elemento ensejador de confusão entre os patrimônios, ou muito menos retirar a autonomia jurídica e operacional, nos termos disciplinados pela legislação brasileira, reputando indevidamente a Impugnante como “veículo” ou “marionete”;

**A inaplicabilidade dos fundamentos da autuação para os investidores terceiros que subscreveram a Oferta Pública de Ações – OPA e para o pagamento da Parcela de Ações de emissão da Impugnante**

- Caso o TVF fosse minimamente coerente em suas fantasiosas alegações, a parcela da Oferta Pública de Ações – OPA subscrita pelos acionistas não relacionados ao Grupo Telefónica, incluindo entidades de previdência

complementar, fundos de investimento, clubes de investimento, pessoas jurídicas e pessoas físicas residentes no Brasil, também seria considerada, na visão do Fisco, como parcela de compra realizada por tais acionistas, na condição de “reais adquirentes” do investimento da GVT. Ou seja, a aquisição da GVT não seria realizada apenas pela Impugnante, mas pelo seu controlador no exterior, bem como por inúmeros acionistas (mais de uma centena!) que subscreveram e integralizaram as ações emitidas no aumento de capital, na OPA;

- Esse mesmo racional inegavelmente se aplica à Parcela em Ações que totalizou R\$ 8.477.313.781,80 e correspondeu a **48,83% do preço total de compra do investimento na GVT pago pela Impugnante, isto é, as ações que foram emitidas pela própria Impugnante** equivalente a 12% do seu capital social, como adquirente do investimento, e entregues ao Grupo Vivendi em contrapartida às ações recebidas;

- Fica claro, assim, que o Fisco criou uma modalidade de qualificação dos fatos em violação à legalidade e segurança jurídica, sugerindo que o fato de a Impugnante ter a necessidade de capitalização, no caso, junto à sua controladora estrangeira e demais acionistas, no âmbito da Oferta Pública de Ações - OPA, mas que também poderia ter sido perante uma instituição financeira, retiraria a sua capacidade econômica própria e mais, a sua qualificação jurídica como adquirente do investimento na GVT;

#### **Os elementos de prova ignorados pelo TVF ou citados de forma incompleta e descontextualizada**

- A aquisição da GVT pela Impugnante, como comprovado nos autos, foi verdadeira e devidamente examinada e jamais questionada pela ANATEL, CADE e CVM;

- A Impugnante atuou em seu nome próprio em todos os atos jurídicos praticados e na vontade manifestada, suportando os legítimos efeitos desses atos existentes válidos e eficazes;

- Jamais agiu como “comprador interposto” ou “veículo de aquisição”, os quais são apostos sem qualquer rigor técnico jurídico e não resistem a ao confronto com os fatos e as provas, sendo totalmente improcedente a qualificação do Ágio GVT como “alienígena”;

- A Impugnante também evidenciou que a autoridade lançadora ignorou os elementos da aquisição da GVT, incluindo a própria qualificação como adquirente atribuída pela própria RFB no Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92;

#### **A participação direta da Impugnante nas negociações, o interesse nas sinergias operacionais e o cumprimento das obrigações contratuais**

- As atas da 250ª e 254ª Reunião do Conselho de Administração da Impugnante e dos diversos “Fatos Relevantes” divulgados à época, dentre outros documentos anexados aos autos, demonstram que a Impugnante participou desde o início das negociações com o Grupo Vivendi, ao contrário das indevidas alegações que constam no TVF;

- Não só a Impugnante goza de autonomia patrimonial frente à sua controladora no exterior, como a prestação de serviços de telecomunicação

no mercado brasileiro **é a sua atividade** (e não de sua controladora indireta que, como dito acima, nunca atuou e sequer poderia atuar diretamente no mercado brasileiro de telecomunicações, considerando as restrições vigentes);

#### **A relação de controle societário e o papel da Telefónica Espanha**

- O TVF confunde a relação de controle que a Telefónica Espanha exerce sobre a Impugnante, com o papel de adquirente da GVT, que é o da Impugnante, que integrou o Contrato de Compra e Venda firmado com o Grupo Vivendi;
- O TVF faz referências descontextualizadas a obrigações que teriam sido assumidas pela Telefónica Espanha no Contrato de Compra e Venda, tais como “exercer direitos de voto”, “garantir que a compradora [Impugnante] cumpra todas as suas obrigações”. Todas essas obrigações contratuais são, nada mais, que funções decorrentes do controle societário, o que de nenhuma forma faz com que a Telefónica Espanha, por isso, seja considerada adquirente em vez da Impugnante (**fl. 367**);
- Nenhum ato realizado pela Telefónica Espanha no âmbito da operação envolvendo a aquisição da GVT pela Impugnante ultrapassou o papel natural de seus legítimos interesses como acionista controlador indireto;
- Veja-se também que não há absolutamente nada nas demonstrações financeiras divulgadas pela Telefónica Espanha aos investidores e ao mercado espanhol, colacionados nos autos e reproduzidos de forma seletiva pelo TVF, que infirme o que está comprovado pela Impugnante nos presentes autos e que evidenciem uma manifestação de vontade diversa daquela retratada nos contratos e nos legítimos atos jurídicos praticados;

#### **A contratação dos assessores da operação pela Impugnante e instrumentos de hedge**

- A Impugnante destaca ainda que foi a responsável por contratar e incorrer em todos os custos relacionados à avaliação da GVT, incluindo assessores financeiros e jurídicos (**Doc. 31**);
- O mesmo se dá no contexto da Oferta Pública de Ações. A Impugnante incorreu em todas as contratações para que os recursos pudessem ser captados pela empresa para viabilizar a aquisição da GVT. As evidências mostram que, na verdade, os recursos utilizados na aquisição são captados pela GVT, que age em interesse próprio para adquirir um investimento que assegurará a continuidade da sua liderança no mercado brasileiro de telecomunicações (**doc. 31**);
- A planilha anexa também comprova a significativa participação do time da Impugnante na operação, contando com aproximadamente 90 colaboradores internos e mais de 18 áreas distintas (**Doc. 33**);
- Ainda na condição de legítima adquirente e, portanto, a parte que deveria pagar o preço de aquisição aos Vendedores, incluindo a Parcela em Dinheiro (EUR 4,663 bilhões, ajustados pela dívida líquida), o qual foi acordado em moeda estrangeira (Euros), a Impugnante, a fim de cumprir com as melhores práticas comerciais e de governança, contratou instrumentos financeiros derivativos simultaneamente à assinatura do

Contrato de Compra e Venda para proteger suas exposições aos riscos de variação de moeda estrangeira, o chamado “hedge” (**Doc. 34**);

- Essa contratação se justificava considerando as significativas turbulências e incertezas que vigiam naquele período no cenário político-econômico, com destaque para a recessão da economia brasileira que havia contraído em 3,5% em 2015, culminando na crise de sustentabilidade de gastos públicos elevou o risco-país, produzindo reflexos diretos sobre as taxas cambiais;

- As operações de *hedge* foram liquidadas pela Impugnante em 26.05.2015, cujo ganho de R\$ 571,8 milhões foi submetido à tributação pelo IRPJ e CSLL, totalizando a quantia de tributos recolhida de R\$ 194,4 milhões;

**A inconsistência do entendimento da RFB: diferentes conclusões acerca da qualificação da Impugnante como adquirente nos distintos processos fiscalizatórios, diante dos mesmos fatos.**

- A operação envolvendo a aquisição da GVT pela Impugnante foi objeto do Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92 (**Doc. 35**), no qual a RFB examinou o IRRF recolhido pela Impugnante, à luz da regra prevista no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003, em especial quanto ao cálculo do ganho de capital apurado pelos Vendedores na alienação do investimento na GVT à Impugnante;

- Esse dispositivo, como se sabe, atribui responsabilidade ao “**adquirente de bens ou direitos localizados no Brasil**” junto a vendedores não residentes (como era o caso da SIG 108 e SIG 72, sociedades francesas integrantes do Grupo Vivendi);

- O procedimento de fiscalização que culminou na lavratura do auto de infração objeto daquele processo administrativo **analisou exatamente a operação objeto das acusações lançadas no Auto de Infração** ora combatido. São os mesmos fatos e documentos examinados anteriormente pela RFB, conforme expressamente afirmado pelo Termo Constatação e pelo TVF, sendo, pois, fato incontroverso nos presentes autos. Aquela fiscalização da RFB, no entanto, concluiu que a **Impugnante foi a legítima adquirente do investimento no “Grupo GVT”**, conforme consta nos seguintes trechos grifados e extraídos do TVF do Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92, os quais não deixam qualquer dúvida sobre o entendimento firmado pela própria RFB no sentido de que a Impugnante foi (e sempre será) considerada a “adquirente do investimento na GVT”;

- Em flagrante e surpreendente alteração no entendimento adotado e a **partir de conclusões totalmente opostas àquelas atingidas pela fiscalização anterior da RFB**, inclusive pela decisão da DRJ proferida nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92, a autoridade lançadora, glosou as amortizações do Ágio GVT sob o fundamento único de que a Impugnante não seria qualificada como a “adquirente do investimento no Grupo GVT”, mas sim a Telefónica Espanha;

**Os recentes precedentes do E. CARF e C. CSRF sobre real adquirente e ausência de confusão patrimonial**

- De partida, a Impugnante destaca os acórdãos nº 9101-005.975 (sessão de 08.02.2022, “Caso Camil Alimentos”) e 9101-006.049 (sessão de

04.04.2022, “Caso Banco Cacique”), ambos favoráveis aos contribuintes que afastaram acusações fiscais baseadas na tese do “real adquirente”;

- Outros recentes julgados sobre o tema são os acórdãos nº 9101-006.240 (sessão de 09.98.2022, “Caso Gol Linhas Aéreas”), 9101-006.289 (sessão de 14.09.2022, “Caso GVT”) e 9101-006.287 (sessão de 13.09.2022, “Caso Via Varejo”). Essas decisões recentes reconhecem que para fins do registro e dedução fiscal do ágio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que “os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo”;

- Podem ser destacadas ainda diversas decisões proferidas pelo E. CARF tais o acórdão nº 1301-006.065 (“Caso Elektro Redes, sessão de 22.09.2022) 1201- 003.412 (“Caso CSN Mineração S.A.”, sessão de 11.12.2019), 1301-003.937 (“Caso Iriel Industria”, sessão de 11.06.2019), 1201-002.773 (“Caso Gol Linhas Aéreas”, sessão de 20.03.2019), 1302-003.434 (“Caso TNT Mercúrio, sessão de 22.04.2019), 1201-002.728 (“Caso CTEEP Energia”, sessão de 20.02.2019), 1302-003.337 (“Caso Interprint”, sessão de 22.01.2019), dentre diversas outros proferidos pelo E. CARF que evidenciam a improcedência do posicionamento defendido pela autoridade lançadora;

#### **Inaplicabilidade do precedente judicial citado pelo TVF**

- O TVF cita, como indicativo da jurisprudência sobre o tema, acórdão do TRF3 em agravo de instrumento interposto pela União em face de concessão de tutela provisória de urgência, em procedimento cautelar antecedente, que havia garantido ao contribuinte a suspensão da exigibilidade de créditos tributários de IRPJ e CSLL referentes à amortização de ágio (agravo de instrumento AI nº 5017674-17.2019.4.03.0000-SP, julgado em 13/10/2021);

- Ao contrário do que afirma o TVF, existem precedentes judiciais recentes que reconhecerem a possibilidade de amortização de ágio em casos envolvendo a utilização de “empresa-veículo”, ainda que, como já demonstrado, o caso concreto da Impugnante não envolva a utilização de qualquer empresa-veículo;

#### **A possibilidade de amortização de ativos intangíveis identificados na aquisição da GVT**

- O TVF alega ainda que não seria possível a dedução para fins fiscais da mais-valia atribuída às marcas identificadas na aquisição do investimento GVT, nos termos devidamente apontados pelo Laudo PPA Apsis. O entendimento da autoridade lançadora é que o valor atribuído a essas marcas “não poderia ser objeto de amortização, tendo em vista de que não teria vida útil definida e, por isso, estaria apenas sujeito ao teste de impairment” (fl. 872 e 873);

- Diferentemente da alegação do TVF, a marca identificada na aquisição da GVT tinha vida útil precisamente definida. Como já revisado, um dos principais objetivos da Impugnante com a aquisição da GVT era o de expandir para novos mercados, consolidando sua “marca Vivo”, e não o de explorar a marca anterior. Nesse sentido, a Impugnante esclarece que está em linha com as normas contábeis e ao regime do ágio da Lei nº 12.973/2014 aplicáveis ao caso concreto. Isso porque, a amortização de intangível é expressamente autorizada pelas normas contábeis brasileiras,

desde que a vida útil seja determinada, com especial destaque para o exemplo refletido no item 97 do CPC 04;

- Como a marca adquirida da GVT iria ser descontinuada pela Impugnante no prazo de 1,5 ano, o valor identificado era plenamente passível de amortização contábil pelo prazo de expectativa da vida útil desse ativo. Na perspectiva fiscal, como apresentado anteriormente, após o evento de incorporação, a mais-valia identificada no Laudo PPA poderá ser considerada como integrante do custo do bem que lhe deu causa, conforme autoriza o artigo 20 da Lei nº 12.973/2015;
- Aplicando esse dispositivo do Regime do Ágio da Lei nº 12.973/2014 ao caso concreto, o valor identificado como “marca GVT” no Laudo PPA Apsis foi atribuído como custo do ativo intangível após o evento de incorporação da GVT. Com efeito, o artigo 41 da Lei 12.973/14 determina que as despesas de amortização de intangível são plenamente dedutíveis na apuração do lucro real;
- Diante da aplicação desses dispositivos legais, fica claro que a Lei nº 12.973/2014 autorizou que a amortização contábil de marca também impacte a apuração de IRPJ e CSLL, contanto que: (i) o valor seja identificado em Laudo PPA; e (ii) a vida útil da marca seja determinada. Essas duas condições, como visto, foram devidamente atendidas pela Impugnante no caso dos presentes autos e, por isso, não há qualquer irregularidade na dedução fiscal dos valores que foram atribuídos à “marca GVT” que, ressalte-se, não se confunde com o valor do Ágio GVT, tendo natureza distinta e contabilização em separado;

#### **A inadequação e abusividade da multa qualificada de 150%**

- O Auto de Infração aplicou a multa qualificada ao argumento de que a conduta da Impugnante se enquadraria no artigo 72 da Lei nº 4.502/6451 que trata de “fraude”. A justificativa para tanto, segundo consta no TVF, é de que a Impugnante teria praticado “condutas dolosas, criando-se situações jurídicas inexistentes e sem substância (ágio intragrupo) no caso da Vivo Participações e pela ocultação do real adquirente no caso da GVT,” alegando que a simulação é “definida por muitos autores como o ‘dolo’ na esfera civil voltado para lesar terceiro: o terceiro lesado, nesse caso, é o erário federal”;
- Não se comprovou qualquer “conduta dolosa” pela Impugnante tendente a “impedir ou retardar” o conhecimento por parte da autoridade lançadora dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL. Tampouco houve qualquer conduta “simulada” sendo a dedução fiscal do Ágio Vivo e do Ágio GVT o exercício de um legítimo direito assegurado, respectivamente, pelo regime do ágio da Lei nº 9.532/97 e regime do ágio da Lei nº 12.973/2014. Melhor dizendo: a autoridade lançadora não logrou êxito na subsunção dos atos praticados em nenhum dos tipos previstos na Lei nº 4.502/64;
- A própria RFB e a PGFN reconhecem que a matéria envolve significativa controvérsia. Tanto é assim que o Edital de Transação por Adesão PGFN/RFB nº 09/2022 dispõe que a “utilização de empresa veículo” corresponde a questão de “contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica”. Se a questão é tão controversa,

impossível se falar em dolo, posto que esse pressupõe a ciência da ilicitude da conduta e de seu resultado;

- A mera divergência na interpretação da lei tributária é suficiente à qualificação da multa? A resposta é negativa. Tanto que, se assim fosse, todo o lançamento seria acompanhado de multa de 150%. Vale destacar a Súmula, nº 14, no sentido de que a simples omissão de receita ou rendimento não autoriza a qualificação da multa, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo;

- Considerando que o caso envolve discussões quanto à interpretação e os efeitos de regras tributárias, dever-se-ia aplicar, ao menos, a norma do artigo 112 do CTN que prevê interpretação mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos e ainda quanto à graduação da penalidade aplicável, dentre outras hipóteses;

- A Impugnante destaca o entendimento firmado pela C. CSRF no acórdão nº 9101-005.761 (sessão de 08.09.2021), sob relatoria do Ilmo. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, no qual foi afastada a multa agravada em caso de ágio registrado em operações entre partes independentes e na qual se discutia alegações do Fisco de “real adquirente” e “ausência de confusão patrimonial”;

- Pelo exposto, na remota hipótese de ser mantido o lançamento, resta claro que a autoridade lançadora não logrou êxito na subsunção dos atos praticados nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Melhor dizendo: não restou caracterizada a prática de ação dolosa visando impossibilitar a ocorrência ou o retardamento do fato gerador de tributo, de qualquer conduta “fraudulenta” ou muito menos de “simulação”;

- Ao examinarem a possibilidade de amortização fiscal do ágio para os anos-calendário de 2011 (processo administrativo nº 16561.720225/2016-36), 2012 (processo administrativo nº 16561.720128/2017-24) e 2013 a 2014 (16561- 720.129/2018-50) e 2015 a 2017 (processo administrado nº 16561.720056/2020-11) em autuação com exatamente nos mesmos termos do lançamento que glosa o Ágio Vivo, as decisões proferidas pela DRJ acertadamente entenderam que a discussão é polêmica e admite interpretação distinta da conferida pela autoridade lançadora, reduzindo a multa de qualificada de 150% para a multa regular de 75%. Com relação ao Ágio GVT, a multa qualificada também foi afastada pela DRJ no Processo Administrativo ne 16561.720056/2020-11;

#### **Abusividade da exigência concomitante de multa isolada e de ofício**

- A cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL, pois sobre o montante adicionado às bases de cálculo desses tributos incidiu tanto a multa de ofício de 150%, quanto a multa isolada de 50%, o que não pode ser admitido;

- Esse entendimento vem sendo confirmado pela C. CSRF, com destaque para os recentes acórdãos nº 9101-005.080 (sessão de 01.09.2020), 9101-

005.692 (sessão de 13.08.2021), 9101-005.855 (sessão de 10.11.2021) e 9101-005.846 (sessão de 12.11.2021);

- Essas decisões reconheceram a necessária aplicação do “princípio da consunção”, concluindo pela impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, a exemplo do que ocorre no caso presente;
- Esse é o entendimento do A. STJ, que, ao analisar a questão, decidiu pela impossibilidade da aplicação concomitante das multas isoladas e de ofício: AgRg no REsp 1.499.389/PB, REsp 1.496.354/PR, e AgRg no REsp 1.576.289/RS;

#### **Ad argumentandum: a amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL**

- Contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL;
- E mais: a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei 12.973/2014 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária;
- Logo, fica ainda latente que não havia, até a edição da Lei 12.973/2014, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão;
- Portanto, mesmo que se considere a amortização fiscal do ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL em relação ao Ágio Vivo, objeto do presente processo administrativo, não possuía fundamento legal à época do lançamento, motivo este que também enseja o conseqüente cancelamento do Auto de Infração;

#### **Inaplicabilidade dos juros sobre multa**

- Na hipótese de vir a ser mantida a autuação, será indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no auto de infração não autoriza a imposição de juros sobre a multa de ofício, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96;

A impugnação foi apreciada pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 08, que proferiu o acórdão nº 108-042.691 – 4ª Turma, em 15 de abril de 2024, cuja ementa reproduzo abaixo:

***Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ***

*Ano-calendário: 2018, 2019, 2020*

**ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.**

*Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. O registro de ágio somente é aceitável se realizado entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação.*

**ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.**

*Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza intragrupo do negócio entre controladora e controlada.*

**JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.**

*A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.*

**ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DEDUÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.**

*A não comprovação de que o ágio pago tenha sido assentado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas; bem como não ter ocorrido a necessária confusão patrimonial da investidora e investida, impedem a sua dedução no cálculo das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ.*

**TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA BRASILEIRA, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.**

*Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.*

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

*Ano-calendário: 2018, 2019, 2020*

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.**

*A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. O "evidente intuito de fraude" encontra-se presente nas definições de sonegação, fraude e conluio. Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos.*

**Assunto: Normas de Administração Tributária**

**Ano-calendário: 2018, 2019, 2020**

**ESTIMATIVAS DE IRPJ NÃO PAGAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.**

*Após encerramento do período de apuração do IRPJ pelo lucro real anual, com pagamento mensal sobre bases de cálculo estimadas, os valores mensais das estimativas de IRPJ não recolhidas ficam sujeitos à multa de 50%, exigida isoladamente.*

**MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. BASES DE CÁLCULO DISTINTAS.**

*As bases de cálculo das multas isolada e de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, respectivamente, são distintas. Constatada a insuficiência de pagamento de estimativas e de pagamento do tributo, verifica-se a ocorrência de duas infrações.*

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

**Ano-calendário: 2018, 2019, 2020**

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

*A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo, no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.*

**Impugnação Procedente em Parte**

**Crédito Tributário Mantido em Parte**

A decisão recorrida deu provimento à impugnação tão somente para afastar a qualificação da multa de ofício aplicada, razão pela qual a Turma Julgadora recorreu de ofício deste ponto ao CARF.

Irresignada com a decisão retro, a Recorrente apresentou o recurso voluntário de e-fls. 4.988/5.089. Em grande medida, o recurso voluntário repete, *ipsis litteris*, os termos da impugnação, diferindo desta na irresignação manifestada em função da adoção, pela Turma Julgadora, dos exatos termos em que proferido o acórdão CARF nº 1302-003.381, de 22 de janeiro

de 2019, relativo ao processo administrativo fiscal nº 16561.720225/2016-36; tal decisão, adotada pela decisão recorrida para fundamentar os pontos relativos ao ÁGIO VIVO, segundo a Recorrente, teria violado os preceitos da Lei nº 9.784/99 e o art. 31 do Decreto nº 70.235/72, que estabeleceria a necessidade de a decisão de primeira instância se referir, expressamente, a todas as razões de defesa apresentadas contra as exigências fiscais.

Assim, retomou a Recorrente as mesmas razões já trazidas quando da impugnação, mormente aquelas relativas (i) à impossibilidade de fundamentação do lançamento unicamente no Novo Regime Contábil, com a desconsideração dos efeitos do RTT em desvio da legalidade; (ii) à extensão do termo “aquisição de participação societária e pagamento de preço” e sua aplicabilidade ao caso; (iii) à impossibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 12.973/2014; (iv) à impossibilidade de qualificação do ágio pago ao contingente substancial de acionistas não relacionados como “interno”; (v) à adequação do procedimento contábil em relação ao Ágio Vivo, além de outras questões subsidiárias.

Em relação ao ÁGIO GVT, a Recorrente discorreu sobre os pontos controvertidos analisados pela DRJ, para demonstrar (i) ser totalmente incabível a ficção jurídica de que a Telefónica Espanha seria a “real adquirente” das ações da GVT, sendo incontestável que a Recorrente assumiu e cumpriu as principais obrigações da operação, qualificando-se como a adquirente de fato e de direito do investimento na GVT, conforme inclusive atestado pela ANATEL e CADE, além de ter ocorrido a alegada “confusão patrimonial”, em razão do evento de incorporação, com integração entre as operações dessas empresas no setor brasileiro de telecomunicações; e que (ii) todos os requisitos da Lei nº 12.973/2014 foram observados, incluindo o desdobramento do custo de aquisição e registro contábil da mais-valia dos ativos identificados pelo Laudo PPA Apsis e do ÁGIO GVT como parcela residual, nos exatos termos em que determina o referido regime e o CPC 15, dentre outros aspectos.

É o Relatório.

## VOTO

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Conforme vimos no Relatório, os presentes autos englobam a exigência de IRPJ e de CSLL relativos aos anos-calendário de 2018, 2019 e 2020, em função do entendimento expresso pela Autoridade Fiscal de que estariam configuradas as seguintes infrações tributárias:

- 1) Glosa de dedução reputada indevida relativa a despesas com amortização de ágio decorrente da incorporação da Vivo Participações S/A – ÁGIO VIVO;

- 2) Glosa de valor reputado indedutível relativo a juros pagos ou creditados a título de remuneração do capital próprio (JCP) não adicionado ao Lucro Líquido do período, para a determinação do Lucro Real;
- 3) Glosa de dedução reputada indevida relativa a despesas com amortização de ágio decorrente da aquisição e incorporação da GVT – ÁGIO GVT;
- 4) Multa isolada decorrente de recolhimentos a menor das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL;
- 5) Autuação reflexa da CSLL pelas mesmas razões/fundamentos adotados em relação ao IRPJ;
- 6) Sanção com multa qualificada, equivalente a 150% dos valores constituídos de ofício. A DRJ, conforme noticiado, reduziu a multa aplicada para 75% por entender que não restaram comprovadas as condições que impõem a exasperação da sanção.

A Recorrente, por meio do recurso voluntário de e-fls. 4.988/5.089, ataca exaustivamente as infrações a ela imputadas. Os argumentos de fundo foram enfrentados pela decisão recorrida e reapresentados, com ênfases maiores ou menores, na peça ora em julgamento.

Como dito, o recurso voluntário é bastante extenso, apresentando inúmeros argumentos/fundamentos para alicerçar o seu ponto de vista. Assim, deve-se, desde já, invocar o entendimento expresso reiteradas vezes pelo STJ, e mesmo por este CARF, segundo o qual o julgador não é obrigado a refutar todas as questões suscitadas pelas partes, quando entender que já tenha encontrado razão suficiente para decidir. Este racional foi confirmado por unanimidade pelos Ministros da Primeira Seção do STJ no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315-DF, cuja ementa reproduzo abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.*

*1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.*

*2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.*

Inicialmente, deve-se registrar que a infração decorrente da dedução de despesa com amortização de ágio no caso da incorporação da Vivo Participações S/A – ÁGIO VIVO (e, conseqüentemente, o excesso de dedução de JCP) já foi objeto de apreciação em outros três processos administrativos.

O primeiro deles, o processo nº 16561.720225/2016-36 é relativo a fatos geradores ocorridos em 2011; o CARF, em sua instância ordinária, negou provimento aos recursos voluntário e de ofício, conforme acórdão nº 1302-003.381, proferido em 22/01/2019, e assim ementado e decidido:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

*Ano-calendário: 2011*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.*

*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. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas conseqüências fiscais.*

*ÁGIO INTERNO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. MAJORAÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.*

*As despesas com pagamentos de juros sobre o capital próprio que tenha como base o patrimônio líquido do contribuinte indevidamente majorado, por meio da contabilização de suposto ágio decorrente de operação intragrupo, deve ser excluída da apuração do Lucro Real.*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

*Ano-calendário: 2011*

*CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.*

*O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2011*

*PARECER TÉCNICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DO DIREITO ALEGADO. INTERPRETAÇÃO DO §*

*4º, ART. 16 DO DEC. Nº 70.235/72. JUNTADA APÓS RECURSO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE*

*A juntada de parecer técnico pelo contribuinte após a interposição de recurso voluntário pode se admitida, neste caso, pelo fato de não constituir prova essencial na qual se funda o direito da contribuinte. Sem inovar, visa corroborar com as razões já apresentadas pela recorrente, em defesas anteriores.*

*FRAUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE.*

*Não comprovada nos autos a conduta dolosa do sujeito passivo, configurando fraude, não é aplicável a multa de ofício no percentual qualificado.*

*MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 108*

*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer de laudo técnico juntado aos autos após a interposição de recurso voluntário, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo (relator), Carmen Ferreira Saraiva e Maria Lúcia Miceli e, **no mérito, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização de ágio e das despesas de JCP (exigências de IRPJ/CSLL)**, vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou com o relator pelas suas conclusões quanto à glosa do JCP. E, por unanimidade de votos, em negar provimento quanto ao pedido de compensação de IRRF e, ainda, por maioria de votos, em negar provimento quanto à incidência de juros Selic sobre a multa, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, que solicitou a apresentação de declaração de voto. E, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rogério Aparecido Gil quanto ao conhecimento do documento juntado aos autos após o recurso.*

A Contribuinte, visando reformar o referido *decisum*, protocolou recurso especial que foi admitido e julgado pela 1ª Turma da CSRF, em 06 de agosto de 2024, com a edição do acórdão nº 9101-007.072. Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

*Ano-calendário: 2011*

**RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. CONHECIMENTO PARCIAL. FUNDAMENTO INATACADO.**

*A divergência jurisprudencial demonstrada acerca da dedutibilidade fiscal das amortizações de ágio formado internamente ao grupo econômico é insuficiente para afastar a glosa das parcelas correspondentes ao ágio que, na decisão recorrida, não foi reconhecido como fundamentado em rentabilidade futura.*

**DEDUTIBILIDADE DE ÁGIO PAGO AOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.**

*Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente a ágio formado entre partes independentes, questionado apenas quanto à determinação do real adquirente.*

**ÁGIO INTERNO. PARTICIPAÇÃO DE MINORITÁRIOS. INDEDUTIBILIDADE.**

*Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum, mesmo se estas transações tiverem sido acatadas por minoritários.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, conhecer do Recurso Especial em relação à matéria “glosa de despesas de amortização de ágio”, com alcance parcial na amortização de ágio, limitada à glosa mensal de R\$ 54.950.786,00, vencidos os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram pelo conhecimento integral dessa matéria; (ii) **por unanimidade não conhecer do recurso em relação à matéria “dedutibilidade de despesas de JCP”, votou pelas conclusões da Conselheira Edeli Pereira Bessa; e (iii) por maioria de votos, não conhecer do recurso em relação à matéria “dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários”,** vencidos os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram pelo conhecimento. **No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao Recurso Especial,** vencidos os Conselheiros Jandir José Dalle Lucca (relator), Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram por dar provimento. Votou pelas conclusões do voto vencido a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira*

*Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.*

O processo nº 16561.720129/2018-50 (relativo a fatos geradores ocorridos em 2013 e 2014) foi julgado em 21/09/2022, durante a vigência do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002 acrescido pela Lei nº 13.988/2020). O resultado do julgamento foi pelo provimento do recurso voluntário, por voto de qualidade em seu mérito, conforme atesta o acórdão nº 1402-006.078, cuja ementa reproduzo abaixo:

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

*Ano-calendário: 2013, 2014*

**ÁGIO INTERNO. PRESENÇA SIGNIFICATIVA DE ACIONISTAS MINORITÁRIOS. LEGITIMIDADE**

*A discussão sobre os pressupostos contábeis ou societários do ágio é relevante quando se identifica a inexistência de uma essência econômica a ele subjacente. Isso porque, o ágio é um conceito econômico que produz efeitos jurídicos.*

*Nas situações analisadas por este Conselho não se afirma que o aproveitamento fiscal do ágio interno seja, por si só, vedado pela legislação (o que efetivamente veio a ocorrer com a publicação da Lei nº 12.973/2014), mas que as operações societárias não tinham substância econômica. Sendo assim, não é possível estabelecer, a priori, que todo ágio gerado internamente seja simulado.*

*É possível a existência do ágio interno desde que se comprove o pagamento e que exista a presença expressiva de acionistas minoritários na empresa incorporada que não sejam os mesmos da incorporadora*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado, i) em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias, Carmen Ferreira Saraiva e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento; ii) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício.*

A Fazenda Nacional protocolou recurso especial visando reformar o julgado, tendo a 1ª Turma da CSRF dado provimento ao apelo por meio do acórdão nº 9101-006.841, de 05/03/2024, assim ementado:

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

*Ano-calendário: 2013, 2014*

**ÁGIO INTERNO - PARTICIPAÇÃO DE MINORITÁRIOS – INDEDUTIBILIDADE**

*Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum, mesmo se estas transações tiverem sido acatadas por minoritários.*

**PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL DA PGFN - REVERSÃO DO FUNDAMENTO ADOTADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA CANCELAMENTO INTEGRAL DAS EXIGÊNCIAS - ESCOPO DO RETORNO.**

*A solução da divergência jurisprudencial em desfavor do sujeito passivo enseja o restabelecimento de todas as exigências canceladas com base no fundamento controvertido pela PGFN. Contudo, ainda que não requerido pelo sujeito passivo, impõe-se o retorno dos autos ao Colegiado a quo para apreciação de todos os argumentos subsidiários de defesa que deixaram de ser apreciados, sob pena de nulidade por cerceamento ao direito de defesa. A glosa de juros sobre o capital próprio, ainda que suportada por fundamentos específicos confrontados em defesa pelo sujeito passivo, é revertida juntamente com as glosas de amortização de ágio calcadas no fundamento controvertido pela PGFN porque decidida como exigência reflexa pelo Colegiado a quo.*

Ato contínuo, o processo foi devolvido à Turma Ordinária para a apreciação daqueles pontos que haviam sido considerados prejudicados em função da decisão primeva daquele Colegiado.

O terceiro processo, de nº 16561.720056/2020-11, trata dos anos calendários de 2015, 2016 e 2017. Foi apreciado pela Turma 1202, em 11 de junho de 2024, conforme o Acórdão nº 1202-001.304, cuja ementa foi abaixo reproduzida:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

*Ano-calendário: 2015, 2016, 2017*

**ÁGIO. INCORPORAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS SOB MESMO CONTROLE. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO COMO DESPESA.**

*O ágio interno gerado a partir de operações societárias havidas entre pessoas jurídicas submetidas ao mesmo controle societário não pode ser deduzido da base de cálculo do IRPJ. Não é concebível, econômica e*

*contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.*

**ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.**

*Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza intragrupo do negócio entre controladora e controlada.*

**JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.**

*A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.*

**ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DEDUÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.**

*A não comprovação de que o ágio pago tenha sido assentado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas; bem como não ter ocorrido a necessária confusão patrimonial da investidora e investida, impedem a sua dedução no cálculo das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ.*

**TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA CONTROLADA, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.**

*Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE UMA DAS HIPÓTESES LEGAIS QUE A AUTORIZAM. IMPROCEDÊNCIA.**

*Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e/ou aplicação dos preceitos normativos. No caso dos autos, não restou comprovado que a Contribuinte praticou um dos atos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, motivo pelo qual a multa de ofício deve ser reduzida para 75%, conforme assentado no acórdão recorrido.*

**ESTIMATIVAS DE IRPJ NÃO PAGAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.**

*Após encerramento do período de apuração do IRPJ pelo lucro real anual, com pagamento mensal sobre bases de cálculo estimadas, os valores mensais das estimativas de IRPJ não recolhidas ficam sujeitos à multa de 50%, exigida isoladamente.*

**MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. BASES DE CÁLCULO DISTINTAS.**

*As bases de cálculo das multas isolada e de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, respectivamente, são distintas. Constatada a insuficiência de pagamento de estimativas e de pagamento do tributo, verifica-se a ocorrência de duas infrações.*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)**

**LANÇAMENTO DECORRENTE**

*A decisão relativa ao auto de infração de IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL uma vez que ambos os lançamentos, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo das multas isoladas o valor do ágio referente à Telemig. **Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto à amortização dos ágios, excesso de dedução de juros sobre capital próprio e incidência das multas isoladas.** Vencidos os Conselheiros Marcelo José Luz de Macedo, André Luís Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa.*

Referido processo aguarda a decisão sobre a admissibilidade de recurso especial protocolado pela PGFN.

Feitas essas primeiras considerações, passo à análise do mérito do recurso.

### **1) Glosa de dedução relativa a despesa com amortização do ágio decorrente da incorporação da Vivo Participações S/A – ÁGIO VIVO**

Haja vista o teor das decisões a que me referi acima, relativamente aos demais processos que tratam da mesma matéria ora sob análise, vou adotar como razão de decidir, neste

ponto, o brilhante voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, no acórdão nº 1302-003.381, com lastro no disposto no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999, complementando-o, na sequência, com as minhas considerações a respeito:

## I.2. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

### Tratamento na legislação tributária

Até 1997, a legislação tributária se limitava basicamente a conceituar o ágio surgido na aquisição de participações societárias e detalhar a sua forma de desdobramento na escrituração comercial, conforme arts. 20 e 21 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que, à época dos fatos geradores tratados nos presentes autos, possuía a seguinte redação:

*"Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*

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

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

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

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

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

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

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

*§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

*Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:*

*I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.*

*II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;*

*III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;*

*IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.*

*IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

*V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada."*

Naquele período, a principal relevância do tema dizia respeito aos reflexos do ágio na apuração do ganho de capital, por ocasião da alienação dos investimentos, o que era regulado pelos arts. 25 e 33 do citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Com a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, surge dispositivo específico para o tratamento das hipóteses de incorporação de pessoa jurídica em que se detenha participação societária adquirida com ágio. Conforme o item 11 da Exposição de Motivos daquela Norma, o referido regramento foi assim justificado:

*"Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.*

*Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."*

Há doutrinadores, porém, que apontam que a norma em questão visava impulsionar o Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal, estimulando, com benefícios tributários, as reorganizações societárias.

Tal divergência não é relevante ao caso, sendo certo que a Lei nº 9.532, de 1997 (conversão da citada Medida Provisória), possuía a seguinte redação, à época dos fatos geradores:

*"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:*

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

No bojo do alinhamento da legislação nacional às normas internacionais de contabilidade, o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, foi modificado pela Lei

nº 12.973, de 2014, sendo que, uma vez que tais alterações se deram em data posterior aos fatos geradores de que tratam os presentes autos, nenhum reflexo possuem na análise em curso.

### **Do ágio na legislação contábil - repulsa ao "ágio interno"**

O que é relevante ao caso, isso sim, é a observação da disciplina conferida pela contabilidade à apuração e contabilização do ágio nas operações de aquisição de participações societárias.

Até a Lei nº 11.638, de 2007, editada exatamente com o propósito de harmonização com as normas contábeis internacionais, o tratamento contábil do ágio era similar àquele conferido pela legislação tributária.

Ambas as regulamentações, contábil e tributária, possuíam como base a aplicação do método da equivalência patrimonial, de modo que se verificava o que Roberto Salles Lopes (Conceito de Renda para Fins Tributários e IFRS, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 216-217) denomina de "*duplicidade normativa*".

Diferentemente do que defende a Recorrente, este autor aponta (op. cit., pp. 218-221) a identidade, desde o princípio, entre as normativas do âmbito contábil (Norma e Procedimento de Contabilidade - NPC VI, de 1981, do Instituto de Auditores Independentes do Brasil - Ibracon, e Instrução nº 247, de 1996, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por exemplo) e tributário.

Na Introdução da citada NPC VI se registra explicitamente tal alinhamento, apontando que a legislação tributária referente à avaliação de investimento trazida pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na verdade, foi produzida no intuito de adotar os critérios contábeis, decorrentes do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e da normatização expedida pela CVM, para as companhias abertas, por delegação da referida Lei:

*"2. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, definiu os novos critérios de avaliação dos investimentos e, em 27 de abril de 1978, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM emitiu a Instrução CVM nº 01, dispondo sobre as normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações contábeis relativas a ajustes decorrentes de avaliação de investimentos relevantes de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas. Através do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e alterações subseqüentes, a legislação do imposto de renda foi também modificada para reconhecer os novos critérios contábeis de avaliação de investimentos."*

Seguindo a mesma lógica, não havia diferenciação no tratamento conferido pelas legislações contábil e tributária em relação ao chamado "ágio interno".

Já àquela época, a Resolução CFC nº 1.110, de 2007, que aprovou a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 19.10, era explícita que:

*"120 O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado."*

Tal posicionamento, na verdade, apresentava-se em consonância com um dos Princípios da Contabilidade estabelecidos pela Resolução CFC nº 750, de 1993:

"SEÇÃO IV

O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL

**Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior**, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

**Parágrafo único** – Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

**I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;**

*II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;*

*III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;*

*IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada;*

*V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos." (Grifos nãooriginais)*

No mesmo sentido, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou o célebre Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que, em seu item 20.1.7, assim dispunha:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

*A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".*

*Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.*

*Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.*

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se*

*fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

*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 aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações 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, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".*

*Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade."*

O Pronunciamento Técnico CPC 04, aprovado em 03 de outubro de 2008, também repelia o reconhecimento do ágio gerado internamente, afastando, inclusive, a sua classificação como ativo:

*"Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (Goodwill) gerado internamente*

*47. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.*

*48. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com segurança ao custo.*

*49. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade."*

Assim, entendo ser inegável a conclusão de que, mesmo antes de a Lei nº 12.973, de 2014, alterar o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o tratamento conferido por este dispositivo não era aplicável ao ágio gerado entre partes relacionadas. É que, como bem apontado pela Recorrente, em sua Impugnação, à luz dos artigos 7.º e 8.º da Lei 9.532/97, a dedutibilidade das despesas de amortização fiscal do ágio está condicionada à observância de quatro requisitos:

*"(i) Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;*

*(ii) Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base no Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"), nos termos do Artigo 248 da Lei das S.A.;*

*(iii) Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e*

*(iv) Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta."*

Obviamente, o cumprimento dos referidos requisitos, para permitir a dedutibilidade do ágio, não pode ser algo meramente formal, mas deve expressar a realidade dos fatos havidos.

No caso das reorganizações realizadas inteiramente intragrupo (em especial, como no caso sob apreço, por meio de incorporação de ações), pelo menos duas das exigências citadas deixam de existir ou, ao menos, perdem a capacidade de serem auferidas por terceiros desinteressados do negócio, de modo a ser afastada a sua artificialidade: o pagamento do ágio e a expectativa de rentabilidade futura.

O tema já é bastante conhecido no âmbito do CARF, e operações de tal tipo tem merecido a justa repulsa, conforme ementas a seguir:

*"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*

*Ano-calendário: 2011*

**ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.**

*Se os atos de reorganização societária registrados pela recorrente, ainda que formalmente regulares, não configuram uma efetiva aquisição de participação societária mas mera permuta de ativos dentro do grupo de empresas sob controle comum, correta a glosa dos valores amortizados como ágio."(Acórdão nº 1201-002.479, de 19 de setembro de 2018, Redatora designada Conselheira Eva Maria Los)*

**ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL**

*O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica. A inexistência de um legítimo propósito comercial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais concorre para o impedimento da utilização do referido ágio." (Acórdão nº 1401-002.883, de 18 de setembro de 2018, Redator designado Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto)*

**ÁGIO INTERNO. GOODWILL. AMORTIZAÇÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.**

*Inadmissível o reconhecimento e amortização de ágio resultado de operações entre empresas do mesmo grupo econômico, sem a intervenção de partes independentes.*

*O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.*

*O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado." (Acórdão nº 2402-006.571, de 12 de setembro de 2018, Relator Conselheiro Luís Henrique Dias Lima)*

**ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.**

*A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na*

*"mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição. Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.*

**ÁGIO INTERNO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.**

*O ágio criado artificialmente a partir de operações celebradas exclusivamente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e submetidas a controle comum e sem a efetiva circulação de riquezas que justifique a contabilização de sobrepreço não se presta a produzir efeitos tributários. Assim, não se presta o "ágio interno" a aumentar o valor patrimonial de um bem ou a reduzir/eliminar o ganho de capital auferido com a sua alienação." (Acórdão nº 9101-003.446, de 06 de março de 2018, Redatora designada Conselheira Cristiane Silva Costa)*

### **Do caso concreto**

No caso sob análise, na forma do Protocolo de Incorporação de Ações de fls. 124 a 132, a Recorrente (então denominada TELECOMUNICAÇÃO DE SÃO PAULO S.A. - TELESP) acordou a Incorporação de Ações da Vivo Participações S.A.

As duas empresas, como já relatado, estavam debaixo do controle da Telefónica S.A, integrando o mesmo Grupo, conforme reconhecido por elas, no Requerimento à Anatel de fls. 234 a 241:

*"I.3 Como resultado de operação realizada no exterior, na sequência da retirada da Portugal Telecom do capital da Brasilcel, a Telefónica passou a ser a titular das ações das holdings brasileiras da cadeia de controle da Vivo Participações, até então detidas por ela, Telefónica, por meio da holding |Brasilcel,*

*I.4 Desta forma, o controle societário da Vivo Participações e da Vivo é, em última instância, detido pela Telefónica.*

*(...)*

*II.2 A Telesp é controlada pela Telefónica Internacional, S.A.,*

*(...)*

*III.1 A reestruturação societária que se pretende implantar e para a qual se requer a autorização dessa D. Agência objetiva a simplificação da estrutura organizacional atual do Grupo Telefónica no país, que conta com duas companhias abertas - Vivo Participações e Telesp ..."*

Pelo ajuste, as referidas Companhias acertaram que a TELESP promoveria aumento de capital equivalente ao valor de avaliação da Vivo, enquanto os acionistas desta última empresa receberiam, em substituição às ações da Vivo, novas ações de emissão da TELESP, conforme trechos a seguir:

3.4 **Aumento de capital da Telesp em razão da Incorporação de Ações:** Caso aprovada a incorporação das ações da Vivo Part. pela Telesp por seus acionistas conforme disposto no item 3.2. acima, o montante equivalente ao valor das ações da Vivo Part. avaliadas em R\$ 31.222.629.890,89 (trinta e um bilhões, duzentos e vinte e dois milhões, seiscentos e vinte e nove mil, oitocentos, noventa reais e oitenta e nove centavos), nos termos do Laudo de Aumento de Capital será incorporado ao patrimônio da Telesp. Desta forma, o capital social da Telesp passará a ser de R\$ 37.798.109.745,03 (trinta e sete bilhões, setecentos e noventa e oito milhões, cento e nove mil, setecentos e quarenta e cinco reais e três centavos).

4.2 **Relação de Substituição:** Os acionistas da Vivo Part. receberão, em substituição às ações por eles atualmente detidas na Vivo Part., novas ações de emissão da Telesp, da mesma espécie das que detêm no capital da Vivo Part. de acordo com o critério referido no item 4.1. acima. A relação de substituição das ações atualmente detidas pelos acionistas da Vivo Part. por novas ações a serem emitidas pela Telesp, consoante os critérios acima referidos, definidos pelas Partes e considerada a recomendação dos Comitês Especiais referidos no item 4.4 abaixo é a seguinte: para cada ação ordinária e preferencial da Vivo Part., serão emitidas 1,55 novas ações da mesma espécie da Telesp.

Fica patente, portanto, pelo referido Protocolo, que a operação se deu sem qualquer sacrifício financeiro por parte da TELESP, mediante mera troca de ações.

A TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil, conforme a seguir demonstrado:

Conta	Lançamento	Valor
14111140	D - Investimento VPAR - Patrimônio Líquido Ajustado	9.011.273.000
14111214	D - Ágio	<b>22.211.356.891</b>
25111000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (ON)	(10.725.753.775)
25112000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (PN)	(20.496.876.116)

A operação, contudo, faz surgir no patrimônio da TELESP o ágio objeto de discussão no presente processo, o qual derivou de avaliação realizada pela empresa Planconsult, **a partir de informações exclusivamente fornecidas pela Vivo**, conforme constante do Laudo de Avaliação e bem destacado pelo TVF de fls. 2.231 a 2.278:

*"O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 08) que fundamentou o ágio reconhecido contabilmente no sujeito passivo, datado de 25/03/2011, foi elaborado pela Planconsult com base no método de fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, o qual concluiu que o valor econômico das ações da empresa avaliada seria de R\$ 31.222.629.890,89.*

*O item 4 do aludido laudo de avaliação observa que:*

**"4. PREMISSAS ADOTADAS PARA O FLUXO DE CAIXA**

*As informações utilizadas na presente avaliação da VIVO PART tiveram como principal origem os balanços analíticos dos exercícios de 2009 a 2010 e projeções estratégicas, complementadas com outras, tais como, investimentos, endividamento, impostos, despesas administrativas, despesas comerciais e previsão de evolução, todas elas fornecidas pelos administradores da VIVO PART." (grifo nosso)*

*Portanto, as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas fornecidas pela sua própria administração, mas não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não*

*relacionadas, considerando que a empresa avaliada era controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador do sujeito passivo, incorporador das ações da Vivo Participações S/A, como veremos mais adiante."*

Fica patente, portanto, a dissociação entre os fatos concretos e a hipótese normativa que permite a amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 12.973, de 2014.

É que, como afirmado, o primeiro pressuposto para a referida amortização é a existência de um ágio pago por ocasião da aquisição de investimento em participação societária.

Como visto, porém, a TELESP não pagou qualquer ágio pela Incorporação das Ações da Vivo. Tão somente aumentou o seu capital e emitiu novas ações que foram repassadas aos acionistas desta última Companhia.

Estando as duas Companhias, como já dito, debaixo do mesmo controle societário, a operação não proporcionou nenhum sacrifício, nenhum "pagamento" de ágio.

A par disso, o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica, e foi acatado sem questionamento pela Incorporadora, parte da mesma organização societária, visto que isto lhe produziria evidentes benefícios tributários.

Ao contrário do alegado, a conclusão da Autoridade Fiscal e das instâncias julgadoras não "*foi fundamentada em meras presunções e ilações*", mas na adequada técnica contábil, que enseja a perfeita base de cálculo sobre a qual incidirão os tributos.

O suposto "ágio", portanto, jamais poderia impactar a apuração do IRPJ e da CSLL, posto que, como já fartamente demonstrado, à luz da doutrina e legislação contábil, sequer poderia ser mantido na contabilidade, devendo ser baixado.

O procedimento correto, em operações como a realizada, seria o registro pelo valores constantes nas escriturações contábeis das pessoas jurídicas envolvidas.

Como bem apontado pela autoridade fiscal, a Recorrente, inclusive, foi alertada pela sua assessoria jurídica, no âmbito da operação societária, de que, em decorrência de a transação se dar sob controle único, a relação de substituição das ações das Companhias deveria ser "*calculada com base nos patrimônios líquidos das sociedades envolvidas, a preços de mercado*" (fl. 679).

Ou seja, era do conhecimento da Recorrente de que a metodologia adotada para a determinação do "ágio" não era a adequada ao tipo de operação desenvolvida.

Na verdade, em que pese a Recorrente apontar que a autoridade fiscal não desqualificou especificamente o laudo de avaliação (a razão é óbvia: todo o laudo não se presta a produzir efeitos tributários, em decorrência da operação realizada), a própria Recorrente reconheceu que do total de R\$ 169.401.453,00 amortizado mensalmente, apenas R\$ 54.950.786,00 corresponderia a expectativa

de rentabilidade futura, sendo o restante (cerca de 70%) relativo a licenças (intangível), cuja amortização fiscal é vedada pelo art. 386, inciso II, do RIR/99.

A tese da Recorrente de inexistência de regramento específico para abordar situações como a tratada nos autos não é admissível, conforme referencial teórico trazido no item anterior.

Tampouco procede a alegação de incompetência da autoridade fiscal para contestar a forma de contabilização adotada pelo contribuinte, uma vez que, sabidamente, é a partir dos registros contábeis que são apuradas as bases de cálculo dos tributos devidos. Inadmissível que a autoridade fiscal esteja obrigada a acatar a contabilidade apresentada pelo sujeito passivo sem verificação do seu alinhamento com a legislação contábil.

Igualmente, a alegação da Recorrente de que haveria o envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), o que a validaria, não merece ser acolhida.

Primeiro, como trecho já transcrito do Requerimento de anuência prévia apresentado pela Recorrente e pela Vivo à Anatel, é confessada a natureza intragrupo da operação.

A par disso, como bem apontado pela autoridade fiscal:

*"Pelo exposto, conclui-se que os acionistas minoritários de empresas relacionadas envolvidas numa combinação de negócios, vinculadas por uma relação de controle, encontram-se numa posição de vulnerabilidade exatamente por estarem sujeitos à vontade preponderante do acionista controlador (no caso de incorporação de controlada ou de incorporação de ações de controlada) ou a do acionista controlador comum das empresas envolvidas na transação (no caso de incorporação entre empresas sob controle comum ou de incorporação de ações entre empresas sob controle comum), o qual, por não ter que confrontar uma outra maioria acionária antagônica, na prática "transaciona consigo mesmo".*

(...)

*Dessa forma, como os acionistas não são chamados a realizar desembolsos financeiros pelas ações recebidas, a preocupação com a preservação dos interesses dos minoritários recai primordialmente sobre a quantidade de ações a receber da empresa incorporadora, como contrapartida pela transferência de suas ações representativas do capital social da empresa tornada subsidiária integral na operação, proporção, esta, tecnicamente conhecida como relação de troca ou relação de substituição.*

(...)

*Fundamentalmente, interessariam aos acionistas minoritários, pois, saber a equitatividade da relação de troca definida em protocolo, por qualquer que seja o critério utilizado para a aferição dessa proporção, sendo irrelevante o valor eleito pela administração da companhia na contabilização da operação desde que recebam a quantidade justa de ações por aquelas entregues na transação, até porque não são chamados a efetuar desembolsos pelas ações recebidas e raramente se apresentam espontaneamente para pagar os tributos incidentes sobre o suposto ganho de capital decorrente da contabilização de patrimônios superestimados, no caso de ex-acionistas da empresa adquirida.*

*No entanto, cumpre observar que os benefícios fiscais pretendidos - dedutibilidade da amortização do ágio formado a partir da superestimação dos patrimônios das*

*empresas transacionadas e possibilidade de gerar despesas maiores a título de juros sobre o capital próprio (JCP), em face do Patrimônio Líquido estar artificialmente inflado - aproveitam também aos novos acionistas que tiveram suas antigas ações incorporadas, sejam eles controladores ou minoritários.*

(...)

*Ocorre que os acionistas minoritários somente deliberariam contrariamente à incorporação de ações na hipótese em que a relação de troca não se mostrasse satisfatória, e ainda assim não conseguiriam impedir a aprovação dos termos e condições propostas pelo controlador, posto que este deteria ações com direito a voto suficientes para impor sua vontade. "*

Ou seja, não apenas os acionistas minoritários se encontravam em posição em que não podiam interferir substancialmente no negócio entabulado, como também foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações, de modo que não possuíam interesse em contrapô-lo.

Em relação à utilização do Método de Aquisição e aplicação do Pronunciamento CPC nº 15, é impecável o posicionamento da decisão recorrida, no sentido de que:

*"...o pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum, assim entendida a combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.*

*Essa constatação também é atemporal. Não são os Pronunciamentos, as Interpretações e as Orientações do CPC nem as normas internacionais de contabilidade emitidas pelo IASB que criaram essa condição." O argumento da Recorrente é que "a aplicação do Método de Aquisição e o reconhecimento do ágio na incorporação de ações são mandatórios em transações com substância econômica e envolvimento de partes não relacionadas".*

O fundamento da Recorrente serve perfeitamente para afastar a metodologia defendida. É que, estando fartamente demonstrada a natureza intragrupo e meramente escritural das transações, não é possível, por tal razão, considerar que possuem substância econômica e envolvimento de partes não relacionadas. Inaplicável, portanto, o método invocado.

Diferentemente do alegado pela Recorrente, é indubitável que o CPC 15 não tem aplicação à hipótese dos autos, como leciona Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke, Arioaldo dos Santos e Sérgio de Iudícibus (Manual de Contabilidade Societária, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 478):

*"...o CPC 15 (R1) não discute as situações em que não há, de fato, transferência de controle. Assim, estão excluídos dele os casos em que um grupo de empresas faz com que uma das empresas do grupo "compre" outra empresa que já pertença ao mesmo grupo. Transações entre entidades sob controle comum não estão abrangidas pelo CPC 15 e não são discutidas neste capítulo;"*

Finalmente, o próprio CPC 15, como bem destacado pela autoridade fiscal, afasta o argumento de que a presença dos acionistas minoritários desfaria a natureza interna na operação:

B4. *A extensão da participação de não controladores em cada entidade da combinação, antes ou depois da combinação de negócios, não é relevante para determinar se a combinação envolve entidades sob controle comum. (...)*"

A decisão recorrida, deste modo, revela-se irretocável, pelo que deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário quanto a tal tópico.

### **I.3. DAS DESPESAS COM JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO**

A análise em relação a tal matéria está intrinsecamente vinculada àquela realizada no tópico anterior.

É que, tendo ficado assentada a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente, a sua consideração para o acréscimo dos valores patrimoniais das Companhias envolvidas e como base de cálculo do pagamento de JCP aos seus acionistas, implica, necessariamente, na conclusão de que tais despesas são absolutamente desnecessárias e não podem reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A própria Recorrente, em sua peça de defesa, estabelece a relação de consequência entre os dois pontos da autuação.

Desta forma, tendo sido rejeitadas as alegações de defesa quanto à manutenção na escrituração contábil do suposto "ágio" relativo à operação entre a Recorrente e a Vivo, cabe negar provimento também ao Recurso Voluntário quanto a este tópico.

A decisão acima é muito bem fundamentada e expõe com clareza o posicionamento adotado pela Turma Ordinária ao decidir negar provimento ao recurso ofertado pela Recorrente nos respectivos autos. Seus fundamentos, por óbvio, se adequam perfeitamente ao caso aqui em apreço, razão pela qual não há muito mais a se dizer. Entretanto, reputo conveniente transcrever as considerações feitas pelo Ilustre Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes no acórdão nº 9101-006.841 ao julgar recurso especial apresentado no âmbito do processo nº 16561.720129/2018-50 (anos calendários de 2013 e 2014):

Na antiga contabilidade, ou seja, antes da adaptação das regras brasileiras de contabilidade aos padrões internacionais vigoravam alguns princípios, como o "registro pelo valor original" e o da prudência, que se assentavam na premissa de que os fatos econômicos passíveis de registro eram sempre aqueles realizados e quantificados a partir de operações com terceiros, ou seja, formados pelo cotejo de duas vontades independentes.

Por isso que, como destacado no voto condutor do paradigma, as manifestações das autoridades contábeis acerca do ágio interno, isto é, formado mediante transações entre entidades submetidas a controle comum, vale dizer, à mesma vontade, não deveriam ser registrados e, aqueles que tivessem sido, deveriam ser baixados.

Esse critério dificultava a comparação entre as entidades, a sua valoração como um todo e, portanto, a realização de investimentos, sobretudo num cenário globalizado de capitais.

A nova contabilidade brasileira, desse modo, buscou se alinhar aos padrões internacionais, os quais buscam refletir uma realidade econômica atual ou atualizada, que afasta os padrões de valoração originários das transações para, no seu lugar, adotar os valores dos itens patrimoniais em face do quanto valem num dado suposto mercado, o que nem sempre é simples e seguro de se aferir. De todo modo, nesse novo cenário, o registro de um ágio, mesmo interno, faria sentido, se embasado em avaliação econômica independente.

Pois bem, a Lei 12.973/2014, fruto da conversão da Medida Provisória 627/2013, teve por finalidade estabelecer de forma definitiva o regime de tributação em face do novo regramento contábil. É por isso que esta mesma lei extingue o Regime Tributário de Transição (RTT) e expressamente impede o aproveitamento do ágio interno.

Ademais, essa lei adotou uma postura conservadora, isto é, buscou manter estáveis as regras de tributação, mesmo diante da profunda alteração das regras contábeis que passaram inclusive a ter maior dinâmica de alteração.

Agora, num novo cenário contábil em que o ágio interno passou a ser passível de registro contábil, em face de um novo critério de avaliação de ativos, a lei estabeleceu, de forma expressa, a indedutibilidade da sua amortização, quando antes tal prescrição era absolutamente desnecessária.

Pois bem, traçadas essas linhas acerca das razões pelas quais o ágio interno não produz efeitos tributários nem antes, nem depois da edição da Lei 12.973/2014, passamos a discorrer sobre a participação de minoritários nas transações.

A expressão “minoritários” é adotada justamente para qualificar aqueles sócios que, independentemente da sua quantidade, não possuem poder de mando numa entidade e, conseqüentemente, sua vontade não orienta a formação de preço nas transações. Assim, a participação de minoritários, mesmo em grande número, não altera a formação de preço e, desse modo, não dá azo a valoração de participações societárias em transações entre partes relacionadas.

Por essas razões, adoto a posição desenvolvida pelo acórdão paradigma.

Referidas razões, aduzidas pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, é bastante conveniente, no caso concreto, inclusive para rebater as arguições feitas pela Recorrente em seu recurso voluntário em contraponto à decisão recorrida e ao acórdão nº 1302.003.381 que lhe deu suporte. Neste diapasão, também são absolutamente pertinentes as considerações feitas no acórdão nº 1202-001.304, da lavra do Ilustre Conselheiro Maurício Novaes Ferreira, no âmbito do processo nº 16561.720056/2020-11:

Robusto e muito bem fundamentado o voto acima reproduzido.

A questão fulcral da presente autuação é que a operação de reestruturação societária deu-se entre partes sujeitas a um só controle societário. Tal fato é incontroverso nos autos e foi destacado pela PGFN em contrarrazões, conforme seguinte excerto dela reproduzido:

Por último, destacamos que **a natureza interna das operações também foi reconhecida pelo própria Telefônica Brasil em seu Formulário de Referência de 2011, onde foi ressaltado que as operações não foram submetidas ao CADE por decorrerem de um mero rearranjo interno do grupo:**

A presente Reestruturação Societária foi submetida à autorização da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, tendo sido aprovada em reunião do Conselho Diretor da referida Agência realizada em 24 de março de 2011. **Por se tratar de Reestruturação Societária entre Companhias pertencentes a um mesmo grupo econômico, a operação aqui descrita não está sujeita à aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.**

A Recorrente pretende convencer que não há impedimento legal para que esse tipo de evento resulte em formação de ágio e seu posterior aproveitamento como despesa dedutível para a apuração do IRPJ e da CSLL. Tal pretensão foi peremptoriamente afastada pelos argumentos acima transcritos, sejam eles contábeis, sejam jurídicos.

Ademais, há que se destacar que os atos praticados sob o mesmo controle acionário, vale dizer, envolvendo pessoas jurídicas sujeitas a uma única vontade, padecem de credibilidade no que se refere a dois aspectos essenciais à configuração do ágio: o valor do ágio em si e a forma como se dará seu pagamento. Não se pode evitar esta conclusão quando quem decide o preço de venda e a forma e meios do pagamento decorrente da operação é a mesma entidade. porque a Lei nº 9.532, de 1997, em seus artigos 7º e 8º, **jamais pode ser interpretada como permissiva de dedutibilidade de uma despesa que foi artificialmente criada dentro do mesmo grupo econômico. A Autuada, em nenhum momento, comprovou a realização de pagamento ou transferência de recursos relacionado ao ágio gerado internamente.**

Além desse argumento, a defesa insiste que a existência do que considera “contingente substancial de acionistas minoritários” que transmutaria a natureza do negócio jurídico celebrado e, por conseguinte, do “ágio” gerado, que não seria interno, no seu entendimento. Eis uma pequena passagem da peça recursal que aborda o tema:

70. A Recorrente e a Vivo Par, como dito acima, eram companhias abertas com ações negociadas na BM&F Bovespa e ADRs negociados na NYSE. No momento da incorporação de ações da Vivo Par, a Recorrente tinha (i) aproximadamente 12% de acionistas não controladores, enquanto a (ii) Vivo Par tinha cerca de 38% de acionistas não controladores, isto é, contingente substancial de acionistas minoritários que jamais foram relacionados ao controlador comum. Tais percentuais representam um número significativo de acionistas não relacionados, que tinham condições de avaliar o efetivo benefício da união de base acionária proposta. Eram sujeitos totalmente independentes da Recorrente, que adquiriram ações da Vivo Par na bolsa de valores e que com ela não tinham qualquer vínculo societário.

71. Essa constatação, por si só, leva à necessidade de esse E. CARF reconhecer, de pronto, que (i) o presente caso não trata de um "ágio interno", reconhecido em transação realizada sem substância econômica e exclusivamente entre partes relacionadas, tratando-se, em verdade, de **transação legítima e realizada de acordo com estritos parâmetros de mercado em bolsa de valores** assim como significativas razões negociais e econômicas evidenciadas nos presentes autos; e (ii) a parcela do ágio paga aos acionistas não controladores (aproximadamente 38% do capital acionário da Vivo Par), **sob qualquer perspectiva, não pode ser considerado como "interno"**, já que corresponde à aquisição de ações detidas por terceiros totalmente não relacionados ao Grupo Telefônica.

Não procedem os argumentos da Recorrente. Resta incontroverso nos autos que a Telefônica SA (espanhola) detinha o controle tanto da Vivo Participações (onde detinha aproximadamente 62,25% das ações com direito a voto) como da Telefônica Brasil SA (Recorrente, onde detinha 88% das ações com direito a voto).

Estes fatos não são afetados pela existência de sócios minoritários, ainda que estes totalizem 37% das ações com direito a voto. Mesmo com esse contingente de minoritários, o poder decisório cabe, ou coube na operação em análise, unicamente à controladora, Telefônica SA.

Note-se, ainda, que os acionistas minoritários não alienaram suas participações na Vivo Participações para a Recorrente. Não consta dos autos nenhum documento que indique que os acionistas minoritários da Vivo Participações se desfizeram de suas posições acionárias em favor da Telefônica Brasil. O que ocorreu, tão somente, foi o deslocamento interno dos acionistas, que deixaram de sê-lo em relação à Vivo Participações (extinta por incorporação) e passaram à condição de acionistas da Telefônica Brasil (Telesp). A PGFN abordou a questão com pertinência:

Antes das operações, o grupo TELEFONICA detinha 62% do capital da VIVO PAR e os acionistas minoritários, 37%. Ou seja, os direitos aos resultados da VIVO PAR eram divididos entre o grupo TELEFONICA e os acionistas minoritários. Após as operações, a TELESP passou a ser a única acionista da VIVO PAR, e **os antigos acionistas da VIVO PAR passaram a ser acionistas da TELESP, sendo que a relação de troca foi pautada na comparação nos resultados futuros de ambas as empresas.**

Ou seja, se antes os acionistas detinham participação direta nos resultados da VIVO PAR, após as operações **esses acionistas passaram a deter a mesma participação, MAS DE FORMA INDIRETA, por meio da TELESP. Em resumo, em face das operações praticadas, não houve qualquer alienação pelos acionistas de qualquer rentabilidade da VIVO PAR, mas sim a transformação de suas participações diretas em participações indiretas.**

A ausência de alienação de rentabilidade foi assegurada pelos acionistas envolvidos em face do critério aplicado na relação de troca das ações da TELESP e da VIVO PAR. Como tal troca foi pautada na rentabilidade futura das empresas envolvidas, ficou assegurado que nenhum acionista abriria mão da rentabilidade que já detinha. Assim, ficou assegurado que **todos os acionistas da VIVO PAR receberiam ações da TELESP que corresponderiam aos resultados da sua antiga**

**companhia.** Nesse sentido, registramos o seguinte trecho do Protocolo de Incorporação de Ações da VIVO PAR pela TELESP:

4. RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES, DIREITOS POLÍTICOS E PATRIMONIAIS.

4.1 Critério de Determinação da Relação de Substituição e Avaliação: A relação de substituição das ações de emissão da Vivo Part, a serem incorporadas pela Telesp foi determinada pelas administrações das Companhias, considerada a recomendação dos Comitês Especiais aos quais se refere o item 4.4, abaixo. Os Comitês Especiais utilizaram como base para a negociação das relações de substituição, os respectivos valores econômicos destas, apurados pelos assessores financeiros indicados para tanto pelos Comitês Especiais, sendo a Signatura Lazard Assessoria Financeira Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 06.955.244/0001-04, com sede na Av. Brigadeiro Faria Lima, 2277 - 8º Andar, Jardim Paulistano, São Paulo - SP ("Signatura Lazard") indicada pelo Comitê Especial da Vivo Part, e o Banco Santander (Brasil) S.A. instituição financeira inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 90.400.888/0001-42, com sede na Av. Juscelino Kubitschek, 2235 – 24º andar, Vila Olímpia, São Paulo – SP ("Santander") indicada pelo Comitê Especial da Telesp, com base na metodologia de fluxo de caixa descontado, na Data Base ("Relatórios de Avaliação").

Portanto, **ainda que pareça** que o grupo TELEFONICA adquiriu rentabilidade da VIVO PAR antes detidas pelos acionistas minoritários, **na realidade não houve qualquer aquisição.** Isso porque **tais minoritários não foram extirpados dos resultados da VIVO, mas apenas passaram a deter a mesma participação, mas de maneira indireta, por meio da TELESP.**

Tal destaque é relevante porque o recorrente, a fim de defender a existência do ágio, se socorre em inúmeros momentos à participação nas operações dos acionistas minoritários da VIVO PAR. Assim, segundo ele, pelo menos 37% do ágio seria inequivocamente válido, pois decorria da aquisição das ações da VIVO PAR que antes não eram detidas pelo grupo TELEFONICA. Mas, como visto, **não houve alienação alguma, houve mero deslocamento interno dos acionistas. Diferente seria, talvez, se os minoritários da VIVO PAR tivessem sido retirados do grupo.** Mas não foi esse o caso.

Nesse diapasão, comparando a situação inicial dos acionistas das companhias TELESP e VIVO PAR com o resultado final obtido, vemos que, **tal como consta do contexto negocial declarado, houve a desejada unificação da base acionária.** Para tanto, todos os acionistas da VIVO PAR (empresas do grupo TELEFONICA e minoritários) passaram a ser acionistas da TELESP.

Não se sustentam, portanto, os dois argumentos principais da Recorrente em relação aos minoritários. Uma, porque sua presença não altera, em nada, o controle exercido pela Telefónica SA (Espanha), duas porque não houve alienação de participações societárias pelos minoritários, não havendo que se falar em ágio também em relação a eles.

Por fim, reitera-se que não houve na operação qualquer sacrifício econômico ou financeiro que pudesse justificar a existência do ágio. A autoridade fiscal inclusive intimou a Interessada a informar se houve pagamento de tributos sobre o ganho de capital decorrente da operação de incorporação das ações por seu valor econômico e obteve, como resposta, a informação que não houve ganho de capital auferido pelos acionistas (TVF, fl. 15.356):

O intuito de se aproveitar das vantagens tributárias indevidas, advindas da geração artificial desse ágio interno, na forma de redução das bases imponíveis pelos

ajustes promovidos na escrituração fiscal, fica ainda mais evidente quando se verifica que **não houve quaisquer recolhimentos de tributos** incidentes sobre o reverso do ágio, que é o **ganho de capital**.

**“Pergunta:** Informar se houve pagamento dos tributos incidentes sobre os ganhos de capital decorrentes da contabilização da incorporação de ações pelo seu valor econômico, tanto por parte do sujeito passivo como por parte dos antigos sócios da Vivo Participações S.A., e apresentar documentação que comprove o pagamento desses tributos, se for o caso. Em não tendo sido efetuado nenhum pagamento a esse título, justificar.

**Resposta:** A Fiscalizada informa que **não houve recolhimento de tributos quando da incorporação de ações a título de tributação de ganho de capital**. Isso porque, segundo as regras tributárias vigentes à época dos fatos, (i) a **Fiscalizada não estava obrigada a reter e recolher o imposto sobre a renda de eventual ganho de capital dos acionistas**; e/ou, (ii) **não houve ganho de capital auferido pelos acionistas**. A Fiscalizada coloca-se à disposição para fornecer discriminação de seus acionistas à época do evento. **“(grifo nosso).**

Diante deste cenário, não há como evitar a dúvida: como poderia haver ágio de um lado da operação se o outro lado (alienante) não experimentou ganho de capital? Mais um argumento a reforçar a inexistência, no caso concreto, de ágio dedutível.

**Por todo o exposto, nego provimento ao recurso no tocante ao ÁGIO VIVO e à glosa de valor reputado indedutível relativo a juros pagos ou creditados a título de remuneração do capital próprio (JCP) não adicionado ao Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real.**

## **2) Glosa de dedução reputada indevida relativa a despesas com amortização de ágio decorrente da aquisição e incorporação da GVT – ÁGIO GVT**

Este ponto se refere à terceira infração apontada pela Autoridade Fiscal, desta feita referente à amortização do ágio oriundo da incorporação da GVT Participações. Segundo a Autoridade Fiscal, a Recorrente teria sido utilizada como um mero instrumento por parte de sua controladora, a empresa Telefônica S/A (espanhola), servindo, tão somente, como um receptáculo para as participações societárias da GVT que posteriormente iria incorporar. Em resumo, a empresa espanhola Telefônica S/A seria a verdadeira idealizadora e negociadora de compra da GVT junto ao Grupo Francês Vivendi.

O TVF, às e-fls. 860 e seguintes, destaca:

Uma análise desavisada poderia levar à conclusão de que a operação de aquisição das participações societárias da GVT teria sido financiada a partir de uma Oferta Pública de Ações (OPA) realizada pela Telefônica Brasil no mercado de capitais brasileiro e no mercado de capitais norte-americano. Contudo, esta é apenas uma parte da operação de financiamento, realizada para encobrir a verdadeira fonte dos recursos financeiros levantados para esta operação.

Em 28/04/2015, a Telefônica Brasil registrou na CVM e em seguida apresentou ao mercado, uma Oferta Pública de Ações (OPA), no mercado brasileiro e no mercado norte-americano, alegando objetivo de financiar a aquisição das participações societárias da GVT. De acordo com o prospecto da OPA, ela foi aprovada em Reunião do Conselho de Administração da Telefônica Brasil realizada em 25/02/2015, sendo reservada prioridade aos acionistas da empresa.

Contudo, em 17/04/2015, era divulgado na imprensa brasileira que a Telefônica SA, empresa espanhola líder do Grupo Telefônica, concluiu a captação de recursos em mercados de capitais através da emissão de 3,05 bilhões de euros em ações, com vistas a subscrever ações da Telefônica Brasil, como forma de financiar a aquisição da GVT.

As Demonstrações Financeiras da empresa espanhola Telefônica SA do ano 2015 informam a oferta pública de ações realizada por essa controladora do Grupo Telefônica no mercado de capitais de Madrid (Espanha) com registro em 20/04/2015, captando 3.048.350914,56 euros.

Em 20 de abril de 2015, a escritura pública que comprova o capital social aumento concedido pela Telefônica, S.A. foi registrado no Registro Comercial de Madrid por um valor nominal de 281.213.184 milhões de euros registrados como "capital social". A diferença com o valor efetivo emitido, no valor de 3.048.350.914,56 milhões de euros foi registrado como Prêmio de ações. [traduzido pelo Auditor Fiscal]<sup>2</sup>  
Fonte: Telefônica SA - Financial Report 2015 - pág. 234.

Ressalte-se, por ser relevante, que a captação de recursos realizada pela Telefônica SA (empresa espanhola) ocorre antes do registro da OPA pela Telefônica Brasil. Esta fato é de suma importância, pois demonstra com clareza cristalina que tratou-se de operação estruturada, que envolveu primeiramente a negociação da compra da GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, em seguida a captação de recursos pela empresa espanhola Telefônica SA para liquidar a operação, e somente ao final destas etapas o registro e apresentação da OPA pela Telefônica Brasil, OPA esta que se revestiu de mero jogo de cartas marcadas para aparentar legalidade perante as leis brasileiras a compra da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA.

Portanto, a Recorrente, segundo a Fiscalização, não teria tido papel decisivo na avença, pois não dispunha de capacidade econômico-financeira para arcar com o preço ajustado, estando formalmente submetida às decisões da sua controladora durante todo o processo levado a efeito para a conclusão da operação. Por conseguinte, a Recorrente teria atuado como mera pessoa interposta entre a real adquirente (a empresa estrangeira Telefónica S/A) e a GVT Participações S/A (empresa adquirida). Assim, e em razão da forma como foi estruturada toda a operação, concluiu a Autoridade Fiscal que o ágio gerado na aquisição das ações da GVT não poderia ser amortizado, pois não teria havido a necessária confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa adquirida.

Já a Recorrente, desde a época da apresentação da impugnação, alega, em apertadíssima síntese que: (i) a atribuição à Telefónica S/A do papel de real adquirente seria uma "ficção jurídica" ou uma "realidade paralela"; (ii) que todos os requisitos formais e substanciais relativos ao ágio, previstos na Lei nº 12.973/2014, teriam sido atendidos; (iii) que a reorganização societária empreendida foi importante para a expansão de suas atividades; (iv) que o contrato de compra e venda relativo à aquisição da GVT junto a empresa francesa Vivendi na qualidade de compradora, é inteiramente regido e deve ser interpretado de acordo com a legislação brasileira; (v) teria lançado mão da Oferta Pública de Ações (OPA) para efetivar o aumento de seu capital, no importe de R\$16.107.285.058,80; (vi) que a participação das sociedades que integram o Grupo Telefónica foi mantido de forma proporcional à participação detida anteriormente à aquisição da GVT; (vii) que todos os atos societários teriam sido aprovados pela ANATEL e pelo CADE; (viii) que

após o fechamento da operação (com a conclusão da OPA) teria pago aos vendedores (Vivendi) o preço em dinheiro, bem assim teria adquirido as ações remanescentes pertencentes à empresa SIG 108; (ix) que teria retido e pago o imposto incidente sobre o ganho de capital auferido pelas empresas SIG 108 e SIG 72; (x) alega que a afirmação fiscal de que os recursos utilizados para a aquisição teriam origem no exterior não seria válida em relação aos investidores terceiros que subscreveram a OPA e para o pagamento de parcela do preço em ações da Contribuinte.

Não vejo razão nas alegações da Recorrente. Neste ponto, me socorrerei, novamente, nas brilhantes palavras proferidas pelo Conselheiro Maurício Novaes Ferreira no acórdão nº 1202-001.304, já referenciado acima:

A questão fulcral para a autuação fiscal não foi adequadamente infirmada pela Recorrente. A autoridade autuante concluiu que o ágio gerado na operação societária empreendida foi suportado pela Telefónica Espanha e não pela Recorrente. E demonstrou ainda que a controladora Telefónica SA estabeleceu, com a Vivendi (controladora indireta da GVT) um acordo para a aquisição da GVT por meio da Telefônica do Brasil. Veja-se a passagem do TVF (fl. 15.372) que aborda a questão:

#### 8.3 – DO ADQUIRENTE DE FATO – TELEFÔNICA SA COM SEDE NA ESPANHA

Analisando as Demonstrações Financeiras apresentadas pela controladora do Grupo Telefônica na Espanha, Telefônica SA, juntado aos autos, relativa a 2015, observa-se que a aquisição da GVT constou em destaque neste conjunto de relatórios.

A partir da leitura do título sobre a operação da GVT, extrai-se:

*Em 19 de setembro de 2014 a Telefónica, SA assinou um acordo com a Vivendi SA, para a aquisição pela Telefônica Brasil, SA da Global Village Telecom, SA e sua empresa holding GVT Participações, SA (em conjunto "GVT") pelo valor em dinheiro de 4.663 milhões de euros (mediante pagamento à vista e assunção de dívida), bem como a entrega de ações representativas de 12% do capital social da nova Telefônica Brasil, SA resultante da integração com a GVT. [traduzido pelo Auditor Fiscal]1*

*Fonte: Telefônica SA - Financial Report 2015 - pág 25.*

O texto parece bastante claro. A Telefónica SA (Espanha) assinou acordo com a Vivendi para a aquisição, pela Telefônica Brasil, da GVT e GVT Participações. A Recorrente, nos exatos termos anunciados por sua controladora, seria o seu instrumento, o meio, a intermediária utilizada para a aquisição da GVT. E quando se diz "instrumento ou intermediária" não se está desmerecendo a condição da controlada brasileira, mas tão somente evidenciando o papel que ela desempenhou na operação. As duas controladoras sediadas na Europa tomaram a decisão sobre o que seria feito e as respectivas controladas ficaram obrigadas, compelidas, a operacionalizar a avença. Esta condição de ausência de autonomia para decidir por parte da Telefônica Brasil foi igualmente destacada pela autoridade fiscal:

Analisando em maior detalhe o Contrato de Compra e Venda, observa-se que a Telefônica Brasil figura como compradora. Contudo, o papel exercido pela controladora espanhola Telefônica SA no contrato precisa ser destacado.

A partir do contrato, extrai-se as obrigações assumidas pela Telefônica SA (espanhola), conforme segue:

*(A) A Telefônica [Telefônica SA, com sede na Espanha] compromete-se, em caráter incondicional e irrevogável, a tomar todas as medidas necessárias para:*

*(i) exercer os direitos de voto que atualmente possui e quaisquer outros direitos de voto que possa adquirir no futuro para aprovar ou fazer com que sejam aprovadas as Operações, incluindo o Aumento de Capital da Vivo e a incorporação de ações;*

*(ii) garantir que a compradora cumpra todas as suas obrigações nos termos deste contrato, incluindo a entrega da contraprestação de ações e o pagamento da contraprestação em dinheiro às vendedoras (...);*

*(iii) garantir que o aumento de capital da Vivo seja realizado, integralmente subscrito e integralizado;*

*(iv) realizar as trocas de ações (...).*

De fato, não há como se afastar a conclusão da autoridade fiscal. Diante dos termos acima transcritos, as principais obrigações contratuais ficaram estabelecidas para cumprimento pela controladora da Recorrente. A Telefônica Espanha obrigou-se a aprovar a operação (exercendo, como bem destaca a Recorrente, seu papel de controladora), mas também a garantir a entrega das ações e do pagamento em dinheiro que deveriam ser feitos pela Telefônica Brasil e mais, que o capital social desta fosse aumentado e integralmente subscrito e integralizado.

A Recorrente pretende convencer que era a parte contratante e que tomou as decisões para a realização do negócio, que seria do seu interesse exclusivo. Ilustra sua posição com as atas da 250ª e 254ª Reunião do Conselho de Administração da Recorrente, argumentando que desde o início participou das negociações com o grupo Vivendi. Eis as imagens das referidas atas apresentadas na peça recursal:

#### ATA DA 250ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

##### 4. EXPOSIÇÕES E DELIBERAÇÕES:

4.1. Nos termos do artigo 17, inciso XXV, do Estatuto Social da Companhia, os Conselheiros presentes aprovaram, por unanimidade de votos, apreciar oportunidade de negócio consubstanciada na aquisição da totalidade do capital social de emissão da Global Village Telecom S.A. ("GVT"). Para tanto, aprovaram a apresentação e envio, pela Companhia em conjunto com a Telefônica S.A. ("Telefônica"), de oferta de compra dirigida à Vivendi S.A. ("Vivendi"), para a aquisição, pela Companhia, das ações representativas da totalidade do capital social da GVT, nos seguintes termos ("Oferta"):

## ATA DA 254ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

## 4. EXPOSIÇÕES E DELIBERAÇÕES:

4.1. O Sr. Presidente esclareceu que como era do conhecimento de todos, após a proposta efetuada para a Vivendi S.A. ("Vivendi") a respeito da aquisição, pela Companhia, da integralidade do capital social da GVT Participações S.A. ("GVTPar"), sociedade controladora da Global Village Telecom S.A. ("GVT Operadora", sendo GVTPar, em conjunto com GVT Operadora, denominadas "GVT"), a Vivendi concedeu à Companhia e à Telefónica, S.A. um período de exclusividade mencionado no Fato Relevante datado de 29 de agosto de 2014 para negociação dos termos e condições da operação, que foi concluída nesta data. Deste modo, foram analisados os termos da transação conforme negociados e aprovada a assinatura, pelos Diretores da Companhia, do *Stock Purchase Agreement and Other Covenants* (Contrato de Compra e Venda e Outras Avenças) tratando da aquisição, pela Companhia, da totalidade das ações da GVTPar, bem como dos demais documentos relacionados, observadas as providências decorrentes das principais obrigações assumidas conforme segue:

- (a) Forma de pagamento do preço. Em contraprestação à aquisição das ações da GVT, conforme divulgado no Fato Relevante de 28 de agosto de 2014, a Companhia pagará aos Vendedores parte do preço em recursos financeiros e parte em ações a serem emitidas pela Companhia, conforme segue: (i) o valor de €4.663.000.000,00 (quatro bilhões, seiscentos e sessenta e três milhões de euros), a ser pago à vista em

De fato, não é controversa a participação da Recorrente no contrato. A sua controladora informou que a operação seria realizada por seu intermédio. Entretanto, note-se também que as duas atas mencionam a participação da Telefónica SA (espanhola) nas negociações a que se referem. A dúvida que remanesce é se a Recorrente, diante de todos os atributos que possui, carecia da participação da sua Controladora nos instrumentos celebrados com terceiros.

Fosse o negócio de seu exclusivo interesse, como reiteradamente afirmado no recurso voluntário, e detivesse a Recorrente capacidade econômico-financeira para assumir as obrigações contratuais, por qual razão haveria de participar de todos os atos do negócio a Controladora, domiciliada na Espanha?

A defesa questiona também qual seria o interesse da controladora na aquisição da GVT, nos seguintes termos:

*374. Nesse sentido, pergunta-se: (i) fazia parte da estratégia da Telefónica Espanha realizar uma aquisição de forma independente da GVT que já atuava no mercado nacional com presença relevante? (ii) fazia parte da estratégia do grupo adquirir uma estrutura separada mantendo corpos diretivos e governança em absoluta separação? (iii) fazia parte da estratégia atuar no mercado brasileiro por meio de duas empresas absolutamente separadas? (iv) houve integração da GVT com a Telefónica Espanha?*

*375. As respostas a esses questionamentos são todas negativas, o que se comprova pelos fatos: a aquisição da GVT pela Recorrente e sua posterior integração total por meio da incorporação, unificando as operações e permitindo a captura de significativas sinergias que beneficiaram diretamente as atividades operacionais da Recorrente, sem qualquer relação com a Telefónica Espanha.*

Tem razão a Recorrente. As respostas aos questionamentos por ela formulados e por ela mesma respondidos parece mesmo ser não. O que não se sustenta é a conclusão final que afirma "a aquisição da GVT pela Recorrente e sua posterior integração total por meio da incorporação, unificando as operações e permitindo

a captura de significativas sinergias que beneficiaram diretamente as atividades operacionais da Recorrente, sem qualquer relação com a Telefónica Espanha". Ora, a relação com a Telefónica Espanha é tão nítida que ela, diante dos "nãos" aos questionamentos acima formulados pela Recorrente, determinou a esta que procedesse às operações societárias porque seria seu interesse (da controladora) que as duas empresas atuassem de modo unificado, tanto que a Telefónica SA (Espanha) assumiu formalmente o compromisso de concretizar a operação, inclusive garantindo que o aumento de capital da Recorrente seria feito, subscrito e integralizado. Assumir compromisso dessa monta sem ter interesse no negócio subjacente parece improvável. A decisão empresarial, como visto e acima demonstrado, foi da Telefónica, e não da Recorrente, que foi mero instrumento de realização do acordo celebrado com a Vivendi.

E aqui cabe um paralelo com o processo de incorporação da Vivo Participações, matéria tratada anteriormente neste voto. Relembre-se, a Telefónica (espanhola) detinha o controle da Vivo Participações e da Telefônica Brasil e procedeu à unificação das empresas conforme reorganização societária antes descrita. Tal fato ocorreu no ano de 2011 e, como visto alhures, resultou na criação de um ágio artificial (intragrupo), indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Não há dúvida que Telefónica SA (Espanhola), interessada direta na aquisição da GVT, poderia ter procedido do mesmo modo que procedeu em relação à incorporação da Vivo pela Telefônica Brasil. Bastaria a ela adquirir diretamente as ações das controladas da Vivendi que, por sua vez, controlavam a GVT e, posteriormente, proceder à unificação das empresas, após o "aumento" do capital social da GVT. O grupo empresarial detinha *know how* quanto à operação.

Entretanto, como consta nas demonstrações financeiras da Telefónica SA, o relato acima reproduzido noticia que as negociações com a Vivendi iniciaram-se em setembro de 2014 e nesta data a Lei nº 12.973/2014 já havia sido aprovada. E, como é consabido, esta Lei tornou expressa a vedação ao aproveitamento do ágio quando a operação ocorre entre partes relacionadas:

*Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura ( goodwill ) **decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no **inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.*

Ainda que para o fisco e para este julgador a vedação ao aproveitamento do ágio decorrente de operações entre partes relacionadas independa desta expressa disposição legal, o fato é que esta norma interditiou o debate então existente sobre a validade dos planejamentos tributários construídos entre partes relacionadas para geração artificial de ágio.

Portanto, para a Telefónica SA (abstraindo-se o fato do ágio ter sido gerado no exterior) não interessava, na data em que decidiu adquirir a GVT, fazê-lo de forma direta para posterior unificação com a Telefônica Brasil, já que não teria como aproveitar o inevitável ágio que decorreria da aquisição, pois a unificação ocorreria entre partes relacionadas e sob a égide da nova lei.

O Grupo Empresarial tinha interesse na aquisição da GVT e na possibilidade de amortização do ágio que da operação resultaria. Assim, se a aquisição das ações das controladoras da GVT se desse por sua controlada brasileira, seria em tese possível, à luz das novas disposições legais, deduzir o ágio, posto que a operação ocorreria entre partes não relacionadas. Entretanto, uma operação de tal monta exigia uma grande disponibilidade financeira que a Telefônica Brasil não detinha, afinal a aquisição estava orçada na casa dos bilhões de euros.

Deu-se, então, o processo de capitalização da Telefônica Brasil para fazer frente às exigências contratuais para a aquisição da GVT. E, como bem descrito pela autoridade fiscal, quem assumiu o encargo financeiro da operação foi a Telefónica SA mediante a emissão de ações no mercado de capitais de Madri no valor de 3,05 bilhões de Euros. Peço vênia para reproduzir o excerto do TVF que trata da questão:

Contudo, em 17/04/2015, era divulgado na imprensa brasileira que a Telefónica SA, empresa espanhola líder do Grupo Telefônica, concluíra a captação de recursos em mercados de capitais através da emissão de 3,05 bilhões de euros em ações, com vistas a subscrever ações da Telefônica Brasil, como forma de financiar a aquisição da GVT.

As Demonstrações Financeiras da empresa espanhola Telefónica SA do ano 2015 informam a oferta pública de ações realizada por essa controladora do Grupo Telefônica no mercado de capitais de Madrid (Espanha) com registro em 20/04/2015, captando 3.048.350914,56 euros.

*Em 20 de abril de 2015, a escritura pública que comprova o capital social aumento concedido pela Telefónica, S.A. foi registrado no Registro Comercial de Madrid por um valor nominal de 281.213.184 milhões de euros registrados como "capital social". A diferença com o valor efetivo emitido, no valor de 3.048.350.914,56 milhões de euros foi registrado como Prêmio de ações. [traduzido pelo Auditor Fiscal]2 Fonte: Telefônica SA - Financial Report 2015 - pág. 234.*

Ressalte-se, por ser relevante, que a captação de recursos realizada pela Telefônica SA (empresa espanhola) ocorre antes do registro da OPA pela Telefônica Brasil. Esta fato é de suma importância, pois demonstra com clareza cristalina que tratou-se de operação estruturada, que envolveu primeiramente a negociação da compra da GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, em seguida a captação de recursos pela empresa espanhola Telefônica SA para liquidar a operação, e somente ao final destas etapas o registro e apresentação da OPA pela Telefônica Brasil, OPA esta que se revestiu de mero jogo de cartas marcadas para aparentar legalidade perante as leis brasileiras a compra da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA. (destaques deste relator)

Pois bem. Uma vez captados recursos de mais de 3 bilhões de Euros no mercado de Madri, a Telefónica SA estava em condição de honrar a disposição contratual que lhe obrigava a aumentar, subscrever e integralizar o capital social da

Telefônica Brasil para honrar o contrato de compra e venda da GVT. Relembre-se as disposições contratuais que obrigavam a empresa espanhola:

- (i) *exercer os direitos de voto que atualmente possui e quaisquer outros direitos de voto que possa adquirir no futuro para aprovar ou fazer com que sejam aprovadas as Operações, incluindo o Aumento de Capital da Vivo e a incorporação de ações;*
- (ii) *garantir que a compradora cumpra todas as suas obrigações nos termos deste contrato, incluindo a entrega da contraprestação de ações e o pagamento da contraprestação em dinheiro às vendedoras (...);*
- (iii) **garantir que o aumento de capital da Vivo seja realizado, integralmente subscrito e integralizado;**
- (iv) *realizar as trocas de ações (...).*

A questão que se impõe é: como alguém pode garantir que um aumento de capital seja subscrito e integralizado, se não mediante o aporte de recursos próprios? Ao assumir a obrigação acima destacada, a Telefônica se obrigou a aportar na Recorrente os recursos financeiros que seriam necessários para a realização do negócio jurídico que culminou com a aquisição da GVT.

Decorre daí que em 28/04/2015, a Recorrente registrou na CVM e apresentou ao mercado a propalada Oferta Pública de Ações (OPA) visando seu aumento de capital. Tal oferta, como visto, sucedeu à capitalização da Telefônica SA, que utilizou os recursos obtidos no mercado de capitais de Madri para adquirir ações da sua controlada brasileira, promovendo e integralizando seu aumento de capital.

Forçoso reconhecer que após a OPA, a composição do controle acionário da Telefônica Brasil praticamente não se alterou, conforme demonstrativo apresentado pela Recorrente:

Acionistas	Antes da Oferta Global				Composição Após a Oferta Global			
	Ações Ordinárias	%	Ações Preferenciais	%	Ações Ordinárias	%	Ações Preferenciais	%
SP Telecomunicações	222.595.149	58,37	29.042.853	3,91	294.158.155	58,48	38.537.435	3,91
Telefônica	97.976.194	25,69	179.862.845	24,24	129.610.302	25,77	238.662.942	24,23
Telefônica Internacional	28.859.918	7,57	271.707.098	36,62	46.746.635	9,29	360.532.578	36,60
Telefônica Chile S.A.	696.110	0,18	11.792	0,00	920.866	0,18	15.647	0,00
Administradores	1.511	0,00	1.305	0,00	1.511	0,00	1.305	0,00
Outros	31.206.789	8,18	261.307.680	35,22	31.609.442	6,28	347.269.914	35,26
<b>Total</b>	<b>381.335.671</b>	<b>100</b>	<b>741.933.573</b>	<b>100</b>	<b>503.046.911</b>	<b>100</b>	<b>985.019.821</b>	<b>100</b>

De acordo com o demonstrativo, o incremento da quantidade de ações após a OPA é notável. O controle societário, por outro lado, manteve-se praticamente o mesmo de antes da oferta pública. Para as ações preferenciais, a proporção de “outros acionistas” (excetuando-se os do grupo Telefônica) passou de 35,22% antes da OPA para 35,26% depois.

A conclusão evidente a partir desta constatação é que o volume de recursos financeiros para o aumento do capital social da Recorrente foi proveniente essencialmente do Grupo Telefônica, que havia se obrigado, através da Telefônica SA, a integralizar o valor correspondente ao aumento de capital social da Recorrente. O TVF descreve esta conclusão nos seguintes termos:

Desta comparação da distribuição acionária, conclui-se que o aumento de Capital da Telefônica Brasil, materializado por meio de Oferta Pública de Ações (OPA), foi cerca de 75% integralizado por empresas do próprio Grupo Telefônica. Trata-se, portanto, de recursos do Grupo injetados na Telefônica Brasil (contribuinte), para que o contribuinte pudesse cumprir o contrato negociado e acordado pela Telefônica SA na Espanha, de compra da GVT.

Com isto, o que se observa claramente é que a Telefônica Brasil não dispunha de recursos e capacidade financeira para adquirir a GVT. Quem viabilizou financeiramente o negócio foi a controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefônica SA por meio de uma oferta de suas ações no mercado de capitais de Madrid, e posteriormente injetou capital na empresa brasileira (contribuinte) para completar a compra negociada e financiada pela empresa europeia.

A Recorrente não contesta este fato, embora discorde da conclusão a que chegou a autoridade fiscal quanto a considerar a Telefônica SA como real adquirente da GVT. Destaco a seguinte passagem do recurso voluntário quando enfrenta essa questão:

327. Como antecipado acima, a decisão da DRJ ora recorrida corrobora a ficção jurídica que a Recorrente não seria a “real adquirente” do investimento na GVT”. Para tanto, a decisão da DRJ adota a equivocada linha de argumentação de que “75% do ônus financeiro da aquisição teria sido suportado pela Telefónica Espanha, por meio próprio ou de suas subsidiárias, enquanto que a parcela recaiu sobre acionistas minoritários” (fl. 17031).

328. Ou seja, amparada na referida ficção jurídica, data venia, a decisão da DRJ incorretamente inferiu que o fluxo de capitalização da Recorrente, subscrito em parte pela Telefónica Espanha, possibilitaria a qualificação desta última como “real adquirente” do investimento na GVT. Assim, para a referida decisão, o que importa seria a origem de (apenas) parte dos recursos ou os respectivos fluxos financeiros, e não a sociedade que os detém na condição de legítima titular e utiliza na efetiva aquisição junto a terceiros. A primeira inconsistência é caracterizada pelo fato de que apenas uma parcela dos recursos do capital social da Recorrente foi aportada pela Telefónica Espanha, havendo parcela expressiva aportada por acionistas não relacionados.

Sustenta a Recorrente que “...apenas uma parcela dos recursos do capital social da Recorrente foi aportada pela Telefónica Espanha, havendo parcela expressiva aportada por acionistas não relacionados”.

Tem razão quanto à parcela aportada por não relacionados, que correspondeu a aproximadamente 25% do aumento do capital social da Recorrente. Contudo, a conclusão inescapável a que se chega é que sem o aporte de recursos por parte do Grupo Telefônica (75% do aumento do capital social da Recorrente), a Telefônica Brasil não teria como honrar o contrato de compra e venda de ações celebrado com a Vivendi. Ou, por outras palavras, o aporte de capital promovido pelas empresas relacionadas à Recorrente pela compra das ações por ela emitidas ingressou em seu caixa com a destinação previamente determinada de pagar o valor em dinheiro previsto no contrato de compra e venda de ações. Ao se obrigar a integralizar o aumento do capital social promovido pela Recorrente, a Telefónica SA assumiu a condição de pagadora da operação de transferência das ações da GVT para a Telefônica Brasil.

Não fosse o dinheiro oriundo da Telefónica, a obrigação não seria solvida e o contrato não seria honrado. Contudo, como afirmando e reafirmado, a controladora espanhola obrigou-se (e cumpriu o ajuste) a promover o aumento do capital social da Recorrente, bem como a subscrever e integralizar o acréscimo patrimonial, possibilitando que a sua controlada no Brasil efetuasse o pagamento, com recursos financeiros oriundos da controladora, da aquisição da GVT.

Disso se conclui que, como muito bem identificou a autoridade fiscal, quem efetivamente suportou o ônus financeiro da aquisição foi a Telefónica SA (espanhola). O capital investido para a aquisição da GVT apenas e tão somente transitou pelas contas da Recorrente.

E não se perca de vista que a Telefónica SA assumiu obrigações em seu nome próprio para que a aquisição da GVT se concretizasse. A própria Recorrente presta esta relevante informação em seu recurso voluntário (com destaques acrescidos);

*II.B.1.4. O Contrato de Troca de Ações (Swap Agreement)*

**276. Como uma das “Condições Precedentes” previstas no Contrato de Compra e Venda, a Telefónica Espanha - sociedade localizada na Espanha e controladora indireta da Recorrente – assumiu a obrigação de troca (i) da participação equivalente a 12% do capital social da Recorrente a ser recebida pelo Grupo Vivendi como contraprestação parcial pela GVT, a Parcela em Ações; (ii) por ações da Telecom Itália (TIM) detidas pela Telefónica Espanha (Cláusula 3.4.A. “e” do Contrato de Compra e Venda).**

**277. Essas ações detidas pela Telefónica Espanha eram de grande interesse do Grupo Vivendi, o qual já detinha investimento naquela companhia, desejando expandir a sua participação. Como é possível observar de notícias publicadas à época, a partir do recebimento das ações da Telecom Itália, o Grupo Vivendi tornou-se o maior acionista da empresa:**

[...]

Mais do que garantir que a Telefônica Brasil pudesse honrar o preço que a sua controladora havia acertado com o Grupo Vivendi, a Telefónica SA, como parte do preço pela aquisição da GVT trocou ações da TIM que detinha e que eram de grande interesse do Grupo alienante. Esta operação demonstra que a Telefónica pagou parte do preço pela compra da GVT com recursos próprios, sem transição pelo caixa da Recorrente, e em transação efetuada diretamente com a alienante Vivendi, sem qualquer interferência ou participação da Telefônica Brasil.

Note-se, como muito bem apontou o ex Conselheiro André Mendes Moura na declaração de voto encartada no acórdão nº 9101-002.213, que a norma que regula o aproveitamento da amortização do ágio (arts. 385 e 386 do RIR/1999) é dirigida (aspecto pessoal da norma) “à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida”.

No caso dos autos, restou devidamente comprovado pela autoridade fiscal que quem acreditou na operação e quem desembolsou os recursos financeiros necessários para a concretude do negócio foi a Telefónica SA, empresa sediada na Espanha, donde resultou ágio a ser registrado no exterior, não dedutível do IRPJ e da CSLL no Brasil. Ademais, não houve a confusão patrimonial entre a real investidora (Telefónica SA) e a investida GVT, que foi incorporada por terceira pessoa (Telefônica Brasil) que não arcou com o ônus financeiro da operação.

Por estes fundamentos, não há como acolher a pretensão da Recorrente, impondo-se a manutenção da autuação fiscal nesta matéria.

Perfeitas as palavras postas pelo Conselheiro Maurício Novaes Ferreira no acórdão nº 1202-001.304, e que se coadunam perfeitamente com a nossa interpretação para as condições de fato e de direito atinentes à matéria e que vêm sendo reiteradamente exposta em diversos votos proferidos no seio desta Turma Julgadora.

**Assim, e por todo o exposto, nego provimento ao recurso no tocante às alegações que dizem respeito à glosa de despesas com a amortização do ÁGIO GVT.**

### ***3) Da multa isolada decorrente de recolhimentos a menor das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL***

Também neste ponto, deve ser mantida a decisão recorrida, que assim se manifestou:

11. A Impugnante também insurgiu-se contra a multa isolada de 50%, alegando que ela não poderia ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício ou a qualificada, tendo em vista a Súmula nº 105, de 08/12/2014 e a necessidade de aplicação do princípio da consunção.

A citada Súmula faz menção ao art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996 e a multa lançada fundamentou-se no art. 44, II, "b", da Lei nº 9.430/96.

É fato que as bases de cálculo das multas em comento – a isolada e a normal de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, são distintas.

O pagamento do tributo definitivo apurado na declaração extingue o crédito tributário, ao passo que o recolhimento da antecipação não tem esse efeito de acordo com o art. 150 do CTN, pois constitui uma obrigação acessória, de caráter provisório e precário, estando sujeito ao ajuste na declaração, o qual pode inclusive resultar em restituição parcial ou integral do tributo.

Assim, quando constatadas as insuficiências de falta de pagamento de estimativas e de tributo, ocorrem duas infrações, cabendo à autoridade fiscal proceder ao lançamento de ambas.

Em resumo, a ocorrência conjunta das multas lançadas no presente auto de infração encontra total amparo legal e, portanto, ambas devem ser mantidas.

Referida matéria é controvertida no seio do CARF e também nesta própria Turma de Julgamento. Entretanto, me perfilo com os que pensam estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, vez que, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada, exigência que transcende a situação fática de ter sido apurado lucro ou prejuízo no final do período anual.

Historicamente, a matéria foi tratada, de prefácio, no art. 44, I, §1º, IV da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

*(...)*

*§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:*

*I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;*

*(...)*

*IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;*

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007 (DOU 22/01/2007), convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, com a redação abaixo:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

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

*(...)*

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

Compulsando as alterações legislativas acima elucidadas, não se verifica, exceto em relação ao percentual a ser aplicado nos casos de multa isolada, qualquer alteração substancial nos dispositivos no que tange à hipótese de incidência e à base de cálculo da penalidade em apreço.

O objetivo do preceito contido no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (com as alterações legislativas supervenientes, inclusive) foi o de assegurar o recolhimento antecipado e evitar o não pagamento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL no curso do ano-calendário e reconhecer que a base de cálculo da multa isolada sempre foi, mesmo antes das alterações legislativas, o próprio valor da estimativa que deixou de ser paga.

Nesse contexto, a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, elaborada a partir da vigência MP 351, de 2007 e da Lei nº 11.488, de 2007, ao instituir um percentual distinto e menos gravoso em relação ao aplicável ao descumprimento da obrigação tributária principal (IRPJ e CSLL devidos na apuração anual) apenas veio aperfeiçoar o preceito normativo acerca da incidência da multa isolada, por falta de recolhimento das estimativas mensais, explicitando o seu caráter de obrigação acessória.

Sob a vigência da redação original da Lei nº 9.430, de 1996, e ainda atualmente, com a redação da Lei nº 11.488 de 2007, a multa isolada deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, **e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas**, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos; e deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida.

Tem-se assim que a **multa isolada em questão, que decorre da falta ou insuficiência de pagamento mensal das estimativas devidas no curso do ano-calendário**, é aplicada em função do descumprimento de uma obrigação tributária acessória (falta de recolhimento de antecipações obrigatórias), e é completamente autônoma em relação à obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

Não é demais lembrar que a obrigação tributária principal, na definição da doutrina, é a **“obrigação de dar”** (pagar) o tributo devido, ou seja, é o **“dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei”**<sup>1</sup>, enquanto as obrigações acessórias revestem-se de clara natureza de **“obrigação de fazer”** e **“obrigação de não fazer”**, vale exprimir, são, como o próprio nome diz, **“acessórias ao principal”**, que é o compromisso do contribuinte pagar o encargo tributário devido, constituindo-se, no fundo, em

<sup>1</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 306-307.

*“obrigações meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais”<sup>2</sup>.*

Neste raciocínio, a estimativa mensal não pode ser considerada propriamente um “tributo” devido, a ser extinto, por pagamento (modalidade de extinção da obrigação e do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN), mas apenas uma “antecipação estimada” do tributo, **a ser apurado como devido, ou não**, ao final do período de apuração, que é devida e **deve ser recolhida apenas para validar uma determinada sistemática de tributação de livre opção do contribuinte, qual seja: o Lucro Real Anual.**

Pois bem, justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo) é que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, requisito imperativo, nos termos da legislação em vigor.

O único instrumento de que dispõe o Fisco para sancionar o descumprimento do dever de antecipar o IRPJ/CSLL devidos mensalmente pelas pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Real Anual, é a aplicação da multa isolada.

Conclui-se daí que, além de distintas naturezas jurídicas, são completamente autônomas as obrigações tributárias, relativas às antecipações mensais devidas a título de estimativas, e as relativas ao IRPJ e a CSLL devidos ao final do período de apuração anual, e tal autonomia encontra eco nas próprias disposições legislativas, quando se referem à incidência da multa isolada, ainda que apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL no período, de modo que a multa isolada é sempre exigível, desde que apurada falta/insuficiência de recolhimento das estimativas mensais, sendo irrelevante a apuração de tributo devido no ajuste anual.

Nesta linha, cumpre observar que não se aplica ao presente caso o contido na Súmula CARF nº 105, por se referir, esta, expressamente, à redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, anterior ao advento da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

**Assim, é forçoso negar provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação da multa isolada sobre as estimativas não pagas nos períodos-base de 2018, 2019 e 2020.**

#### **4) Autuação reflexa da CSLL pelas mesmas razões/fundamentos adotados em relação ao IRPJ**

---

<sup>2</sup>ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*, 4ª. ed. São Paulo: Método, 2010.

Neste ponto, a Recorrente repete as alegações já feitas quando da impugnação, principalmente a de que inexistiria previsão legal para a incidência da CSLL em relação à glosa de despesas com amortização do ágio tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição às disposições relativas ao IRPJ, não havendo qualquer óbice ou limitação quanto à dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio em relação à referida contribuição.

Também é assente no seio desta Turma a posição deste Relator a respeito da matéria; a CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período, com os ajustes determinados na legislação de regência. Neste sentido, determinam os artigos 248 e 277, ambos do RIR/99:

*Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).*

*Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).*

Assim, o lucro operacional traduz-se no resultado do confronto entre as receitas operacionais e as despesas operacionais. Vejamos o que nos diz o artigo 299 do RIR/99:

*Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

Da interpretação sistemática destes dispositivos, podemos deduzir que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, acima transcrito, quais sejam, as despesas necessárias e, por óbvio, devidamente comprovadas.

Portanto, os dispêndios contabilizados que venham a violar as regras de dedutibilidade do IRPJ não podem reduzir o lucro líquido, mesma base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica. Assim, o que torna esses dispêndios/despesas/custos indedutíveis também da base de cálculo da Contribuição Social é o próprio conceito de resultado do exercício, apurado com observância da legislação comercial.

As despesas glosadas afetam o próprio resultado do exercício e, conseqüentemente, também a base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990.

Além disso, o art. 13 da Lei nº 9.249/95, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam **independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64**, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99.

Portanto, dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, **voto por negar provimento ao recurso também em relação a este ponto.**

### **5) Dos juros de mora aplicados sobre a multa de ofício**

O recurso, neste ponto, é tão somente protocolar, haja vista a forma como foram inseridas as respectivas alegações na peça recursal, que se limitou a aguir ser indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no Auto de Infração não autorizaria a imposição de juros sobre multas cobradas de ofício, mas apenas sobre os tributos supostamente não pagos, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

Referida matéria encontra-se sumulada pelo CARF, justamente na Súmula CARF nº abaixo reproduzida e que carece de maiores digressões, razão pela qual também neste ponto deve ser rechaçado o recurso voluntário.

#### **Súmula CARF nº 108**

*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme [Portaria ME nº 129](#), de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).*

### **6) Da qualificação da multa de ofício – recurso de ofício**

Como vimos no Relatório, a Autoridade Julgadora de primeira instância afastou a qualificação da multa de ofício, razão esta da propositura do recurso necessário a este Conselho, haja vista o valor exonerado ter suplantado o limite estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 2023, (quando o valor em discussão é superior a R\$ 15 milhões).

A Contribuinte, em seu recurso voluntário, defende a manutenção, nesta matéria, do que decidido pela instância de primeiro piso, ao alegar o acerto do referido acórdão em reduzir a multa de ofício para o patamar de 75%.

Vejamos como se manifestou a Autoridade Fiscal no TVF (v. e-fls. 891/892):

Nos dois casos aqui analisados, observa-se intenção clara demonstrada pelos atos praticados, que possui a denominação jurídica de “dolo”, restando, portanto, plenamente comprovado o caráter doloso das condutas.

Além disso, o “dolo” é reforçado pela presença já evidenciada anteriormente neste termo de simulação, criando-se situações jurídicas inexistentes e sem substância (ágio intragrupo) no caso

da Vivo Participações e pela ocultação do real adquirente no caso da GVT. A simulação é, inclusive, definida por muitos autores como o “dolo” na esfera civil voltado para lesar terceiro: o terceiro lesado, nesse caso, é o erário federal.

Desta forma, presentes tantos elementos que confirmam a ocorrência de fraude fiscal, na forma definida pelos arts. 72 da Lei nº 4.502/64, não resta outra providência a tomar senão a aplicação da multa qualificada na forma do disposto no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96:

(...)

A aplicação de multa qualificada (150%) limita-se às infrações de amortização indevida de ágio (seja contábil ou fiscal), não se aplicando à demais infrações aqui constatadas (glosa de despesas de juros sobre o capital próprio e compensações indevida de prejuízos fiscais).

Esclareça-se, ainda, que o requisito necessário para a qualificação da multa é a constatação da fraude fiscal, não sendo exigido nenhum outro elemento. Em redação anterior do dispositivo legal (art. 44 da Lei nº 9.430/96), já há muito tempo alterada, existia a previsão de necessidade de “evidente intuito de fraude”, exigindo difícil processo hermenêutico para entendimento do que conferiria o caráter “evidente” ao intuito de fraude.

Claro está, contudo, que o problema hermenêutico resta superado dado que o texto “evidente intuito de fraude” não faz mais parte do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Pela legislação atual, o que se deve analisar é a ocorrência da fraude, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, cujos elementos foram adequadamente analisados neste capítulo e restou demonstrada claramente a presença de todos os seus requisitos.

Sendo assim, constatada a fraude, impõe-se, em resposta ao caráter plenamente vinculado da atividade fiscal, aplicação da multa qualificada de 150%, tornando impossível a exigência de qualquer outro elemento além da própria fraude já demonstrada no presente texto.

O acórdão recorrido tratou dessa questão da seguinte forma (v. e-fls. 4.945/):

Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intragrupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos os sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é suficiente para sustentar a existência de interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preenchem a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes.

Portanto, por entender que não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de

lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos, voto pela procedência em parte da impugnação em relação à qualificação da multa, reduzindo o percentual de 150% para 75%.

Embora bastante sucinta, no entender deste Julgador a decisão recorrida foi devida e acertadamente fundamentada. Primeiramente, em relação ao tema Simulação/Artificialidade das Operações: A Acusação Fiscal é clara ao apontar fatos que podem estar inseridos em um contexto de planejamento tributário abusivo, engendrado pela Autuada e demais empresas do mesmo grupo econômico. As características das operações que redundaram no aproveitamento do ágio levaram a Fiscalização a concluir que foram engendradas com o único propósito de suprimir tributos.

É indiscutível que o Contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio da maneira que melhor lhe convier, tendo sempre como objetivo reduzir custos e despesas, maximizando o seu lucro, inclusive, através da redução de sua carga tributária. Não há nada de ilegal nesse proceder.

O que não se pode admitir é que os atos e negócios jurídicos praticados sob o manto de uma aparente legalidade, sejam realizados sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, ou simplesmente para encobrir o verdadeiro e único propósito da operação, qual seja, o de reduzir o pagamento de tributos.

Quando se fala em planejamento tributário abusivo não se pode olvidar dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco<sup>3</sup>:

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas *ao seu uso*, ao modo de *seu exercício*. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível?

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões. (pág. 198)

(...)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

(...)

Isso não afasta a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito. Assim, no Código Civil de 1916, a doutrina discutia este ponto havendo divergência a respeito, porém, com o advento do Código Civil de

<sup>3</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248.

2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)*

(...)

Antes do Código Civil de 2002, o importante era saber se o Fisco poderia se recusar a aceitar os efeitos do ato ou negócio jurídico, invocando para tanto, a existência de abuso de direito, procedendo, como menciona a doutrina francesa, à desqualificação e subsequente requalificação fiscal do negócio ocorrido, para exigir o imposto que seria devido não fora o negócio lícito, mas abusivo.

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária torna-se muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. (pág. 207)

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurar-se, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Portanto, o direito de o contribuinte se auto-organizar e decidir sobre a melhor forma de se beneficiar de eventual planejamento tributário não pode ser absoluto, devendo observar a forma como irá exercer esse direito, sob pena de incorrer no abuso de seu exercício.

Neste mesmo sentido veja-se o disposto no Acórdão nº 9101-002.538 - 1ª Turma, de 20 de janeiro de 2017, da lavra do I. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, citando o Acórdão nº 101-94.986, de 19/05/2005, de relatoria da I. Conselheira Sandra Maria Faroni:

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor."

Portanto, não basta ser lícita a operação para que seus efeitos sejam automaticamente oponíveis ao Fisco. Para que possam gerar efeitos tributários, mais que conformidade com a lei, a operação realizada deve estar conforme o Direito. E é exatamente este o caso dos autos. Apesar de as operações realizadas aparentarem estar acobertadas sob o manto da legalidade, no caso concreto, verifica-se o completo desvirtuamento do objetivo natural a que se destinam, haja vista o evidente propósito de sua realização estar vinculado única e exclusivamente à economia no pagamento de tributos, *in casu*, do IRPJ e da CSLL.

Neste sentido, trago outro precedente, desta feita, da 2ª Turma, vazado no Acórdão nº 1402-002.325, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Demetrius Nichele Macei, que reproduzo abaixo naquilo que nos interessa:

Nesse tema, filio-me à corrente que entende que o fato de os atos ou negócios jurídicos virem a ser executados de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial, como, p. ex., assembléias de deliberação para emissão de debêntures, instrumento particular de escritura de emissão de debêntures, boletins de subscrição de debêntures, contratos de mútuo, registro dos atos, etc, não garante à contribuinte, por si só, a dedutibilidade prevista na legislação tributária.

Com efeito, a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, é possível que cada um dos atos praticados pelo contribuinte, individualmente considerado, esteja de acordo com as exigências formais de alguma norma específica, mas que, em seu conjunto, não surta os efeitos esperados pelo ordenamento jurídico.

As características gerais das operações, **analisadas em seu conjunto**, me levaram à conclusão de absoluta correção do procedimento fiscal ao glosar as despesas com a amortização dos ágios VIVO e GVT.

Vejam que não estou de forma alguma afirmando que, isoladamente, as características do negócio jurídico realizado são ilícitas ou necessariamente implicariam, por si só, na indedutibilidade das despesas glosadas. A conclusão a que cheguei, pelo acerto da glosa das despesas, provém do "*conjunto da obra*".

Considero como suficientes os fatos levantados pela Autoridade Fiscal para justificar a lavratura do Auto de Infração, lastreado no abuso de forma perpetrado pela Contribuinte. Por tudo o que foi até aqui exposto, conclui-se ser indevida qualquer argumentação de que a Autoridade Fiscal não teria conseguido levantar elementos suficientes que autorizassem a conclusão por ela levada a efeito de que teriam sido praticadas operações abusivas. Está mais do que caracterizado o abuso do planejamento tributário empreendido pela Recorrente no âmbito de seu grupo empresarial.

O procedimento fiscal foi realizado de forma bastante consistente, indo à fundo nas questões que permeiam todos os fatos considerados, em seu conjunto, como abusivos em relação ao direito de auto-organização dos negócios. Isso nos deixa seguros para afirmar que não procedem os argumentos da Recorrente para justificar uma operação que se mostra em tudo essencialmente artificial e dezarrazoada, desprovida de substância jurídica e orquestrada com o fim único de suprimir tributos.

Em assim sendo, os atos praticados pela Recorrente podem ser considerados como realizados de forma abusiva, sendo, portanto, inoponíveis ao Fisco por serem considerados ilícitos (art. 187 do Código Civil). Por serem inoponíveis ao Fisco, as consequências tributárias deles decorrentes (despesas/exclusões/compensações) devem ser consideradas indevidas, razão pela qual absolutamente escorreito o procedimento fiscal quanto às glosas empreendidas.

Entretanto, mesmo que considerados ilícitos, os atos praticados pela Recorrente não podem ser qualificados como fraudulentos para efeito de imposição da multa qualificada. Não foram poucos os casos enfrentados por esta Turma, bastante semelhantes aos sob análise neste processo, em que optou-se por afastar a qualificação da multa de ofício por se entender que não se faziam presentes os requisitos fundamentais para sua imposição, mormente a ocorrência de fraude. Cito dois casos, julgados à unanimidade por este Colegiado neste mesmo sentido: o

acórdão nº 1401-002.884, de 18 de setembro de 2018, da lavra da Ilustre Conselheira Lívia De Carli Germano e o acórdão nº 1401-003.185, de 19 de março de 2019, editado pela não menos brilhante Conselheira Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin.

Primeiramente, vejamos o que dizem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64:

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

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

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

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

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

No caso concreto, concluímos que a Autuada agiu com abuso de direito, ou de seu exercício, o que, s.m.j., seria enquadrado na hipótese de elisão abusiva, em que os atos tidos por abusivos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, bem assim foram devidamente contabilizados e calcados em documentos formalmente corretos. Portanto, não há que se falar em fraude contra a Lei, conforme o disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Também não é caso de sonegação (conforme o art. 71 da Lei nº 4.502/64), haja vista que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, o que descaracteriza a ocorrência de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Conforme pudemos extrair dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco, a questão atinente à artificialidade da operação limita-se aos contornos das patologias de abuso de direito ou de fraude à lei, o que, conforme já observado, não implicam afronta direta à lei, mas sim utilização de dispositivo legal com excesso no seu gozo (abuso de direito) ou contorno de determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma, denominada norma de contorno (fraude à lei).

Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, julgo não estar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, principalmente se levarmos em consideração que não houve nenhuma forma de ocultação da prática e dos fins almejados com a realização do negócio jurídico. Assim, creio ser adequado o entendimento expresso na Súmula CARF nº 14<sup>4</sup>, haja vista a ausência de comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

**Por todo o exposto, ausentes os elementos que permitam o enquadramento da conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), opino pela manutenção da decisão recorrida que reduziu a penalidade para 75%.**

**Diante de tudo o que discorrido no presente voto, opino por negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário.**

*Assinado Digitalmente*

**Luiz Augusto de Souza Gonçalves**

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva

Com a devida vênia ao excelente voto do Ilmo. Relator, dele divergi.

Como muito bem tratado no voto condutor, as matérias objeto de minha divergência podem ser resumidas a: (i) glosa do “ágio VIVO” – acusação de ágio interno; (ii) glosa de despesas de JCP em razão da desconsideração do ágio VIVO; (iii) glosa do ágio GVT – acusação de real adquirente; (iv) reflexo da glosa dos ágios na CSLL, e; (v) concomitância de multa de ofício e isolada.

Pois bem. Em relação ao denominado “ágio VIVO” a alegação da fiscalização, acatada pela decisão recorrida, é que tratou-se de ágio interno e que, em razão disso, a sua dedutibilidade seria indevida.

Vale ressaltar que a operação ocorreu na vigência da Lei n. 9.532/97.

Tenho posição firmada no sentido de entender que a lei 12.973/2014 trouxe, efetivamente, modificações significativas relativas à vedação das operações que acarretem no chamado “ágio interno”, termo pejorativo que busca invalidar ou colocar em xeque operações

---

<sup>4</sup> Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

que, por muitas vezes, possuem efetivo propósito comercial e são realizadas em condições de mercado.

O tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações com a edição da Lei nº 12.973/2014 com o objetivo de reduzir o contencioso, isso é um fato. Porém, não houve alteração em relação a temas igualmente contenciosos, como o da transferência de investimento com ágio e de ágio interno analisado nos presentes autos.

Trata-se, a meu ver, de um silêncio eloquente do legislador, como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma não haver sanção a determinadas operações como a denominada “transferência de ágio”. Por sua vez, de forma diferente fez com o ágio interno, que passou a vedá-lo inteiramente.

Ora, se o ágio interno já seria vedado na vigência da Lei 9.532/97 porque que o legislador precisou, através da Lei 12.973/2014 tratar dessa vedação expressamente? Antes haveria uma vedação tácita?

Como se observa dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

Desta feita, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, razão pela qual não concordo com o entendimento de que, mesmo antes do advento da Lei nº 12.973/2014, todo e qualquer ágio gerado dentro de um grupo econômico seria, necessariamente, artificial e indedutível.

Não vislumbro, no presente caso, uma artificialidade que pudesse caracterizar a inexistência da operação. O principal ponto se dá no debate relativo à possibilidade de se verificar operação entre partes independentes sob a ótica de se chegar ao preço real da operação.

Não estou aqui a validar qualquer tipo de operação caracterizada como “ágio interno”, mas glosas fundamentadas no fato da operação ter ocorrido entre partes relacionadas, sem que existisse legislação que as impedisse, não podem ser admitidas.

Aliás, é esse o entendimento de recente decisão do STJ no conhecido Caso Cremer (REsp nº 2026473 – FAZENDA NACIONAL x CREMER S.A – Relator: Ministro Gurgel de Faria). A

Primeira Turma do STJ decidiu que é possível a amortização de ágio entre partes relacionadas (ágio interno), antes da Lei nº 12.973/2014.

Nos termos do voto do Relator, a preocupação da Fazenda Nacional quanto às operações artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação, especificamente no CTN (art. 149, inciso VII), que autoriza a autoridade administrativa a promover o lançamento de ofício quando se comprove que o sujeito passivo ou terceiro em benefício daquele agiu com dolo, fraude ou simulação, bem como na norma antielisiva prevista no artigo 116, parágrafo único, do CTN, que também poderá justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos ou simulados.

Entretanto, não poderia a Receita Federal, alegando buscar extrair o propósito comercial das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que decorrente das relações entre partes dependentes (ágio interno). Isso porque não se pode presumir de maneira absoluta que esses tipos de reorganizações societárias são desprovidos de fundamento material e econômico.

Assim, entendo que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que tratam dos requisitos para amortização de ágio, em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade de aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante emprego de empresa veículo. Aliás, quando o legislador quis excluir, de plano, o ágio interno, o fez expressamente com a Lei nº 12.973/2014, a evidenciar que anteriormente não havia vedação e que continua não havendo, por exemplo, em relação ao uso de sociedade veículo ou a transferência de ágio.

Assim, superada a barreira que ao meu ver é inexistente, em relação à impossibilidade absoluta da legalidade da dedutibilidade de ágio gerado em operações intragrupos, no presente caso vislumbro presentes todos os requisitos geradores do direito à amortização.

Ressalte-se, por oportuno, que a infração é de glosa de dedutibilidade de despesas com ágio, não da invalidação do próprio ágio que contabilmente ocorreu. Tal fato é relevante, inclusive, para o debate relativo à glosa de despesas com JCP.

Ocorre que, no presente caso, as razões trazidas e comprovadas pela Recorrente são absolutamente factíveis, justificadas e importam em efetivo propósito comercial.

Vale ressaltar que estamos tratando de um dos maiores negócios implementados no setor de telefonia nacional, que resultou em negócio de aproximadamente R\$ 30 bilhões.

O propósito comercial é absolutamente justificável diante da necessidade de reunir os negócios de telefonia fixa e móvel em razão da mudança no perfil do consumo. Tal propósito além de justificável, atualmente depois de muitos anos de sua realização acaba por se confirmar ano após ano. Afinal, qual seria o valor de mercado hoje da TELESP que detinha como principal produto a telefonia fixa? Certamente o valor de mercado seria absolutamente pulverizado ano após ano diante do crescimento do mercado em franca expansão das linhas móveis.

Claro que os controladores externos tinham ciência e preocupação com essa realidade.

Por sua vez, outro ponto que deve ser ressaltado é de que, ambas as companhias, possuíam sócios minoritários, Telefônica na ordem de 12% e VIVOPAR na ordem de 38%. Ocorre que, o termo minoritário pode gerar a impressão de insignificância, mas os sócios minoritários da companhia eram empresas com participações bilionárias no PL. Não estamos, portanto, tratando de simples minoritários sem capacidade de impor condições, fiscalizar o negócio ou, até mesmo, criar dificuldades à sua realização.

Outro ponto relevante é o fato de que, ambas as empresas eram companhias abertas, com valor negociado em bolsa de valores, padrões de governança elevados, gestões e conselhos independentes submetidos à LSA.

Em outras palavras, afirmar que os administradores de tais companhias agiram unicamente com o interesse de impor condições mais favoráveis à controladora, em detrimento dos seus sócios minoritários, seria presumir que teriam incorrido em quebra dos seus deveres legais. Fato que sequer foi levantado pela fiscalização.

Outros pontos adicionais também chamam a atenção.

As operações foram realizadas em mercado altamente regulado e aprovadas por órgãos e agências governamentais como ANATEL, CVM e CADE, inclusive em relação ao formato da operação e validação dos valores envolvidos.

Ora, se os próprios órgãos governamentais responsáveis por fiscalizar a validade e legalidade de tais operações as aprovaram e validaram, entendo que seria um verdadeiro contra senso outro órgão governamental (que não detém o conhecimento técnico específico), buscar invalidar tal operação ou discutir seu propósito negocial ou valor envolvido.

Não estou aqui a afastar a competência fiscalizatória da Receita Federal, mas diante de conceitos tão subjetivos e de uma posição dos órgãos que mais conhecem da operação de telefonia, ao meu ver é no mínimo frágil questionar a validade de tais operações.

Além disso tudo, no que se refere ao preço da operação, exatamente o principal ponto de fragilidade dos que negam a possibilidade de uma operação de ágio interno, por entender que não seria realizada em condições normais de mercado, também entendo que o caso concreto tem peculiaridades além das já destacadas.

Logicamente, para uma operação do porte que foi realizada, altamente fiscalizada e regulada, com existência de sócios minoritários que isoladamente são suficientemente fortes e independentes, a operação contou com existência de Comitês Independentes seguindo as determinações da própria CVM.

Além dos referidos Comitês, que apenas atestam a independência da operação e, ao meu ver, asseguram condições mais independentes e transparentes do que muitas operações

realizadas com partes independentes, até em proteção aos sócios minoritários, foram elaborados 3 laudos de avaliação, além do próprio valor de cotação em bolsa.

Os laudos elaborados por instituições de renome, um deles pelo Banco Santander (outra instituição multinacional), também são consistentes com o próprio valor de cotação na bolsa de valores.

A meu ver não restam dúvidas que o negócio foi avaliado com efetivas condições de mercado.

O ponto relativo à incorporação de ações e os debates à respeito do sacrifício patrimonial, também são bem delineados e tenho a posição firmada no sentido de entender que a incorporação de ações importa em efetivo sacrifício patrimonial e possui claro conteúdo econômico, ainda mais no caso concreto diante de toda a situação fática.

Ressalto que, os precedentes citados pelo nobre colega relator não foram unânimes, e em um deles contou com a excelente declaração de voto da Conselheira Maria Carolina Maldonado, com a qual concordo inteiramente:

Com todas as vênias ao Relator, embora eu concorde com suas conclusões, o faço com base em outros fundamentos, conforme exposto a seguir.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i)

investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, razão pela qual não concordo com o entendimento de que, mesmo antes do advento da Lei nº 12.973/2014, todo e qualquer ágio gerado dentro de um grupo econômico é, necessariamente, artificial e indedutível.

Como explica o Conselheiro Marcos Takata, na declaração de voto apresentada no Acórdão nº 1103-00.50111, para fins jurídico-tributários, “não se podem colocar os ágios internos todos numa ‘vala comum’”, de forma que é preciso distinguir os “ágios internos reais ou efetivos ou com causa”, que são aqueles que possuem

efetividade econômica, daqueles “ágios internos ‘criados’ ou artificiais ou sem causa”.

No mesmo sentido, ensina Luís Eduardo Schoueri que “o fato de as partes serem ligadas, por si só, não é determinante para que se possa dizer que o ágio gerado em uma transação interna decorre de uma operação simulada, na qual não houve um real intuito negocial, isto é, que não busca realizar seus efeitos próprios.”<sup>12</sup> Complementam esse raciocínio Eliseu Martins e Alessandro Broedel Lopes, ao afirmar que, quando o ágio por expectativa de rentabilidade futura (ou “goodwill”) é gerado em transações entre partes independentes, “existe maior segurança de que esse valor realmente corresponda a um ativo ligado à expectativa de rentabilidade futura da sociedade”. Por outro lado, “quando a transação societária envolve empresas sob controle comum, por exemplo, maior rigor deve ser aplicado na verificação da real existência do ágio”<sup>13</sup>.

Portanto, no que se refere às operações anteriores à Lei nº 12.973/2014 – como as aqui analisadas - o fato de um ágio decorrer da aquisição de participação societária entre partes dependentes, por si só, não impede sua amortização na apuração do lucro real. Esse entendimento está em linha com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no REsp nº 2.026.473/SC14. Confira-se:

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico. (...)Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta. (...)Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva. (...)Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si só, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida e a amortização fiscal do ágio é autorizada quando sua fundamentação econômica for a expectativa de

rentabilidade futura da investida. Diante disso, na operação de aquisição de participação societária com ágio dentro de um grupo empresarial, quando houver artificialidade no custo de aquisição ou no valor do patrimônio líquido, não se poderá afirmar que o montante atribuído ao ágio tem por fundamentação econômica a expectativa de rentabilidade futura da investida, o que impede sua amortização fiscal por violação ao art. 7º, III, da Lei nº 9.532/1997.

Por outro lado, o ágio interno será real, efetivo, quando a operação de aquisição que lhe deu causa tiver justificativa econômica – hipótese na qual o custo de aquisição da participação societária refletirá o valor de mercado do investimento e o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da investida poderá ser amortizado na apuração do lucro real.

Nesse sentido, Ricardo Mariz de Oliveira explica que a justificativa econômica é o que dá suporte ao tratamento jurídico do ágio, de forma que, quando não houver aquisição ou a aquisição não dispuser de sentido econômico, o ágio interno será apenas aparente. Confira-se:

“Aliás, foi a sensibilidade do legislador do Decreto-lei nº 1.598 que o levou a arrolar um amplo leque de fundamentos econômicos para o ágio ou deságio, os quais estão no fundo da própria razão da sua existência. (...)Em síntese, há sempre uma justificativa econômica para ágio ou deságio, e essa justificativa dá suporte para o respectivo tratamento jurídico.

Pois é exatamente quando não haja essa justificação que se pode falar em ágio interno, bastando utilizar os exemplos acima no sentido negativo, ou seja, notadamente quando não haja aquisição ou haja uma aquisição na qual nenhum sentido econômico possa ser encontrado para o pagamento de ágio” 15 .

Nas transações envolvendo empresas sob controle comum, a ausência de interesses conflitantes na formação do custo de aquisição do investimento indica artificialidade do ágio interno. Isso porque o preço de mercado se forma a partir da contraposição de interesses, de maneira que, ainda que o valor justo de uma participação societária possa ser estimado, é o crivo de uma negociação que traz concretude à estimativa, afastando eventuais distorções.

Portanto, para que um ágio interno seja passível de amortização na apuração do lucro real, é preciso que a sua formação sofra a influência de fatores externos ao grupo, que indiquem a contraposição de interesses. Do contrário, ainda que o custo de aquisição da participação societária esteja baseado em laudo de avaliação, a artificialidade do ágio interno não será afastada, tendo em vista que o documento - em regra, contratado pelo próprio grupo -conterá uma estimativa, que pode não refletir o valor que um terceiro estaria disposto a pagar pela participação societária.

No presente caso, a operação que resultou no ágio ora em discussão teve a participação de 38% de acionistas minoritários, o que, como explica o ex

Conselheiro Marcos Takata, legitima a amortização fiscal do ágio interno<sup>16</sup>. Veja-se:

14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa sob o aspecto jurídico-tributário.

Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou “prima” (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta que ele deve ser avaliado pelo MEP. Tal aquisição é feita pela controlada de minoritários da outra controlada. Nessa operação pode ser gerado ágio. Há justificativa ou efetividade econômica nesse ágio. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob a esfera tributária.

14.2. Mais. Conjecture-se que o negócio entre duas controladas, como descrito acima, seja de aquisição integral das ações da outra controlada, i.e., seja uma incorporação de ações. Na medida em que a controlada que tem suas ações incorporadas possuam minoritários que não sejam os mesmos da controladora (que é de ambas), aqui também pode ser gerado ágio. Este ágio tem significado ou justificativa econômica. É caso de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário (...)

14.3. Cogite-se de uma pessoa jurídica que resolva incorporar as ações de uma controlada. Esta possui minoritários (outros acionistas que não do grupo).

Também aqui, se a investida vale mais que seu valor contábil (e, quiçá, que o valor justo líquido de seus ativos), a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora), e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos novos acionistas da incorporadora de ações (antigos acionistas da que teve as ações incorporadas) – leia-se, aos minoritários, diretos ou indiretos. (...) É inegável que esse ágio tem causa, é efetivo ou real, sob o aspecto jurídico-tributário.

Aplicando tais lições ao presente caso, temos que a participação dos minoritários faz com que os valores atribuídos às ações da Vivo Participações S/A, incorporadas pela Telefônica Brasil S/A, ora Recorrente, reflitam aqueles de mercado, conferindo justificativa econômica à operação e tornando o ágio interno

passível de amortização fiscal. Por essa razão, voto por dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

Peço vênia para complementar minhas razões de decidir com a excelente declaração de voto da Conselheira Maria Carolina Maldonado, as quais adoto integralmente.

Assim, por todos essas razões, orientei meu voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

No que se refere à glosa de despesas com JCP, também divergi do nobre colega relator.

Neste ponto, chamo atenção mais uma vez que, a infração é de glosa da dedutibilidade do ágio para fins de apuração do IRPJ. Não se invalida, por sua vez, a ocorrência do ágio que, de forma simplista, é a existência de um sobrepreço da operação, o que se questiona é se esse ágio é dedutível para fins fiscais, chegou-se à conclusão que não.

Entretanto, a contabilidade precisa refletir os fatos efetivamente realizados. Mesmo que entendesse que a operação intragrupos analisada não seria dedutível (o que não foi o caso), mesmo assim entendo que o ágio deveria ser contabilizado porque ele, de fato, existiu.

O própria infração em que incorreu o contribuinte é de glosa da despesa do ágio, não de glosa da sua contabilização (o que sequer existe).

Assim, a indedutibilidade de um ágio não tem o condão de gerar e invalidar dos lançamentos contábeis, salvo se comprovada fraude nos referidos lançamentos, o que não foi o caso.

Ora, diante de operação realizada entre companhias de capital aberto, reguladas e aprovadas por órgãos reguladores, com efetiva avaliação de preço e efetiva conclusão, diante da aquisição e uma participação societária não haveria outra alternativa a não ser o registro contábil de tal aquisição.

Isso apenas reflete a realidade e, por sua vez, também reflete o patrimônio da companhia. Ou se estaria a afirmar que a companhia adquirida e com um valor de mercado de cerca de R\$ 30 bilhões não possuía valor algum?

Também não há nenhuma norma jurídica que determine tal dedução para fins de cálculo dos limites do JCP, tratando-se tal infração de verdadeira inovação e construção interpretativa que guarda até uma lógica, mas não possui base legal.

Ademais, cumpre ressaltar que inexistia qualquer vedação ou determinação de ajuste nas contas de capital social para cálculos do JCP em razão de operações societárias entre empresas de controle comum, o que apenas veio ocorrer com o advento da Lei 14.789/2023. Ocorre que, o fato gerador não está abarcado por tal legislação, que certamente não pode ter sua aplicação retroativa.

Por último mas não menos relevante, cumpre ressaltar manifestação cirúrgica do ex Conselheiro deste CARF, Prof. Alexandre Evaristo, em seu parecer colacionado pela Recorrente. No excelente parecer o Ilmo. Jurista traz aspectos contábeis relevantes relativos ao CPC 48, e esclarece que o registro da aquisição se daria em conta de ajuste de avaliação patrimonial, conta esta neutra para fins fiscais e, inclusive, para cálculo do JCP.

Tal argumento apenas reforça a completa insubsistência da infração.

Já em relação à terceira infração, relativa ao Ágio GVT, também divergi do nobre relator.

Neste caso, ficou claro trataram-se de partes independentes, com claro propósito negocial (aquisição da GVT, uma das empresas com tecnologia mais moderna do País), ocorrido através de um efetivo processo competitivo, pagamento de grande parte em dinheiro e, realização de uma Oferta Pública de Ações!

Neste caso, a exceção da questão relativa à operação intragrupo, todos os demais critérios analisados no primeiro ágio também estão presentes (propósito negocial, cumprimento de requisitos formais, confusão e sacrifício patrimonial), aliado a tudo isso, a existência incontestada de partes independentes.

Por sua vez, a tese fiscal se sustenta na alegada tese do real adquirente.

Ora, estamos falando de uma operação de abertura de capitais regulada pela CVM. No caso específico os acionistas exerceram seu direito de preferência, mas poderiam não ter exercido.

Outro ponto trazido em um dos precedentes contrários à contribuintes, e citados no voto condutor, é o de que, ao final do processo, 75% da operação foi paga com recursos que teriam vindo da real adquirente (controladora estrangeira) e que, sem esses recursos a operação não seria possível.

Entretanto, pergunta-se, sem os 25% custeados pelos minoritários (em outro negócio bilionário), o negócio seria possível? Igualmente que não! Esse fundamento não se sustenta.

Estamos diante de partes independentes, empresas de capital aberto altamente reguladas.

Seguindo-se em processos competitivos de negociação, a operação foi realizada através de oferta pública de ações seguindo de forma legítima todas as regras determinadas pela legislação e pela CVM, reconhecida por órgãos governamentais, cumpriu suas obrigações fiscais, realizou contratos materialmente válidos, mas não possui substância econômica? Me parece que no presente caso a acusação fiscal não se sustenta.

O que vejo, com o devido respeito, é por vezes uma busca por tentar desqualificar alguma perna da operação, simplesmente pela discordância da existência de tal benefício fiscal.

Vejam bem, este Relator já se manifestou academicamente no sentido de não concordar com a sistemática do ágio, entendendo que deveria ser instrumento limitado exatamente, e tão somente, para captação de recursos externos. Entretanto, minha discordância pessoal e acadêmica não pode me afastar da conclusão de que, efetivamente, a existência de tal benefício é uma decisão e escolha de governo e do legislador.

A partir daí, não podemos enfrentar uma verdadeira cruzada para sempre buscar justificativas que inviabilizem o aproveitamento do ágio, por mais que eu pessoalmente não concorde com a sistemática de tal benefício.

Também se questiona a captação de empréstimos ou aportes com suas controladoras no exterior. Ora, tratando-se de um investimento, controlado por uma investidora, para captar recursos e realizar sua atividade empresarial (aquisição de empresas) a quem ela iria recorrer? Poderia recorrer a seu controlador através de aporte de capital (mas aí se depara com acusações de real adquirente distinto), poderia contrair mútuos com empresas ligadas (mas aí se depararia com acusações de real adquirente distinto) ou poderia ir a mercado se endividar, para isso certamente precisaria de um garantidor (mas aí se depararia com acusações de real adquirente distinto).

Me parece, com a devida vênia, que temos passado por um verdadeiro exagero na utilização de conceitos jurídicos abstratos e sem definição legal, apenas para enquadrar com o contexto ou interpretação a que a autoridade fiscal defende.

No final das contas, o real adquirente sempre será o acionista, então jamais haverá confusão patrimonial na ótica da fiscalização.

Não quero dizer com isso que se trata de um “cheque em branco” para realização de operações simuladas. O que quero defender é que, diante da autonomia empresarial e liberdade negocial, faz parte das atividades usuais de uma empresa (ainda mais se tratando de uma holding) a aquisição de participações societárias e, para isso, a captação de recursos para sua finalidade. Por sua vez, tratando-se de empresa que é investida de um grupo empresarial, natural a captação através de aportes ou, ainda, a mercado, seja em instituições financeiras seja dentro do próprio grupo. São operações lícitas e legítimas.

Ora, a empresa serve para realização de todos esses atos jurídicos e negociais validados pelo Governo Federal, mas não é considerada válida para geração e amortização de ágio? Entendo ser no mínimo contraditório.

No final das contas, o desenho da operação realizada, e o resultado obtido até hoje, apenas reafirma a efetiva ocorrência do negócio dentro da margem de estrita legalidade e liberdade negocial.

Em casos distintos, mas que guardam o debate relativo ao real adquirente, a possibilidade da utilização de holdings em operações societárias, mesmo que efêmeras,

especialmente em casos em que se realiza a denominada “compra alavancada” já foram objeto de análise deste CARF e, em especial desta TO:

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial - que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio -, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando pólos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único pólo de interesses.

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade - além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

(Acórdão 1401-003.082 – Sessão de 22/01/2019 - Rel. Cons. Cláudio Camerano)

E mais recentemente, em outro caso julgado à unanimidade por esta TO:

HOLDING. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. AQUISIÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. RECURSOS DE TERCEIROS.

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding)

para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos serem provenientes de terceiros (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) revela um propósito negocial específico e dentro de um amplo contexto operacional/societário de um grupo econômico.

Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à holding a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal.

Constatada a legitimidade das operações de aquisição e incorporação, restam canceladas as demais infrações apontadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL.

(Acórdão 1401-006.922 – Sessão de 09/04/2024 - Rel. Cons. Cláudio Camerano)

Em que pese reconheça que o referido colega relator acima citado tenha a coerente posição de analisar a situação a cada caso concreto, e nos precedentes em que essa TO analisou a operação da Recorrente tenha se posicionado no sentido de negar provimento ao Recurso, entendo que o racional aplicável pelos precedentes é o mesmo.

O que vemos, portanto, é um grande grau de subjetividade na análise de conceitos jurídicos incertos como empresa veículo, propósito negocial e real adquirente, mas dentro da liberdade de convencimento de cada julgador.

Seguindo, a forma de captação de recursos pela adquirente, desde que legítima, é decisão negocial da empresa. Tendo a compradora optado por captar recursos através de empréstimo, aporte, chamamento de capital, dentre outras, são operações legais e usuais, e autoridade fiscal não tinha fundamentos para invalidá-la.

E para mim não existem dúvidas que houve efetivo pagamento, sacrifício econômico e, após a incorporação da GVT, a junção do sacrifício econômico do ativo com o patrimônio representado pelo fluxo gerador de receitas da investida, incorporação revestida, portanto, dos requisitos permissíveis à utilização da amortização dedutível do ágio pago. Os demais requisitos formais e legais para geração do ágio também foram cumpridos.

Cito mais um trecho do voto do Conselheiro Cláudio Camerano no Acórdão 1401-006.922 que se encaixa perfeitamente à situação:

Destaque-se, ainda, que a assertiva fiscal de existência de real adquirente (mais um indevido rótulo criado) em aquisição de empresas, não encontra espaço na legislação (supra), e com muito acerto por parte do legislador, pois são inúmeras as situações, inclusive com utilização de empresa rotulada de empresa veículo (outro rótulo, pecha de irregular), inteiramente legais como no caso ora visto, assim como são também inúmeras as situações apresentadas com requintes de simulação.

Assim, constatado que no caso ora visto nos autos, não se vislumbra nenhum indício de simulação nas operações realizadas no âmbito de seu contexto

negocial, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação.

Neste sentido, em recente julgamento deste Colegiado, mas de outra turma ordinária, o acórdão de nº 1201-006.260, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, do qual reproduzo a seguir sua ementa e excertos de seu voto:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

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

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO.

A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Neste acórdão, o voto do Relator foi no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, mas apenas o fizera pela natureza de órgão colegiado:

[...]

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratégia dolosa.

Adiante, no capítulo “Da multa de ofício”, será exposta a conclusão deste Relator pela ausência de dolo. De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

[...]

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

A situação espelhada no Acórdão 1201-006.260 da 1ª Turma Ordinária, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, é bastante semelhante ao do processo ora em julgamento, com a diferença de que, no caso daquela Turma, a maior parte dos recursos para a aquisição da investida no Brasil foi captada via FPE no exterior (aproximadamente 72%), os quais foram integralizados em quotas de FIP no Brasil, posteriormente integralizados em quotas de empresa de participações, também no Brasil.

Destaco, ainda, no citado Acórdão nº 9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma, onde só constou no voto daquela Turma a reprodução das ementas, que tratou-se de apreciação de Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte:

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano– Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Portanto, entendo legítimo o ágio gerado pela operação realizada na aquisição da GVT no denominado “ágio GVT”.

Em relação à infração relativa à CSLL, também tenho posição firmada acerca da inexistência de previsão legal para a adição, à Base de Cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização.

Os ajustes realizados na apuração do lucro real não são necessariamente aplicáveis à apuração da base de cálculo da CSLL, por força do artigo 57 da Lei nº 8.981/95, que tem a seguinte redação:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Ora, conforme se verifica da leitura dessas disposições, de forma alguma é permitida a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda no mencionado art. 57 da Lei 8.981/95, que preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, da forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na mencionada Lei 7.689/88, nos termos ali então especificamente apontados.

A partir dessas considerações, verificasse que, conforme destacado das disposições do art. 2º, parágrafo 1º, alínea 'c' da Lei 7.689/88, ali expressamente se faz referência aos específicos ajustes (exclusões e adições) a serem aplicados ao resultado do período base, apurado a partir da aplicação das expressas disposições da legislação comercial, distinguindo a composição da base de cálculo da Contribuição em questão, assim, às regras próprias da legislação do Imposto sobre a Renda.

As adições e exclusões eventualmente feitas ao resultado do exercício, com intuito de encontrar a base de cálculo da CSLL, são aquelas previstas pela Lei 7.689/88, no seu artigo 2º, § 1º, alínea "c", além daquelas contidas em outros diplomas legais, o que pode coincidir ou não com as do IRPJ

Assim, para admitir-se como válida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, faz-se essencial, no caso, a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estar-se-ia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito, o que, definitivamente, não tem qualquer cabimento em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Fixada essa premissa necessária, relevante destacar, ainda, que a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Nessa linha, portanto, penso que o que se deve exigir e verificar não é a previsão legal expressa para que seja admitida a dedução do ágio iniludivelmente pago, mas sim a

inexistência de vedação para essa operacionalização, o que, no caso, efetivamente é o que se verifica em relação à CSLL.

Feitas essas considerações, dou provimento a esse item do Recurso Voluntário.

Em relação à concomitância entre a multa de ofício e isolada, igualmente tenho posição firmada em sentido contrário. Isto porque, sigo o entendimento acerca da impossibilidade da aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Tal fato se deve à conclusão de que o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Uma vez que as estimativas são meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significa dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Tratando-se, portanto, de aplicação de penalidade, o *ius puniendi* está sujeito a mecanismos e princípios de controle do Poder punitivo do Estado razão pela qual, um único ilícito tributário não pode acarretar em duas punições sob pena de *bis in idem*.

Neste ponto me permito valer dos fundamentos aduzidos pelo Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201-00.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever

de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Diga-se ainda, que a questão é objeto de Súmula do CARF nº 105, que entendo permanecer aplicável aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 11.488/07 in verbis:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Outrossim, tal posição encontra guarida em diversas decisões deste Conselho, incluindo-se esta mesma Turma Ordinária e também, mais recentemente através de precedente da CSRF de 01/09/2020 através do Acórdão 9101-005.080:

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o *cerne* decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela *coexistência* de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da *consunção* (ou da *absorção*) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Quanto ao precedente acima citado, peço vênias para reproduzir a brilhante declaração de voto proferida pela Conselheira Livia de Carli Germano, que já compôs esta TO, e que enfrenta de forma direta e exaustiva o argumento relativo à inaplicabilidade da referida Súmula 105:

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, com a devida vênias, divergi da i. Relatora com relação às exigências das multas isoladas lançadas para o ano calendário de 2007.

Em síntese, tenho orientado meus votos no sentido de que o racional da Súmula CARF n. 105 permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida

pela Lei 11.488/2007, eis que, compreendo, esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente.

A redação original do artigo 44 da Lei 9.430/1996 era a seguinte (grifamos):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

O caput do artigo 44 traz a base de cálculo das multas em questão, fazendo menção à “totalidade de tributo ou contribuição”.

A uma primeira vista, tal referência parece mesmo se reportar ao valor devido no ajuste anual, inclusive em razão do emprego do termo “totalidade” – de fato, a princípio, parece não fazer sentido pensar que a norma fala em “totalidade de tributo” querendo se referir ao valor da estimativa mensal, eis que não se “totaliza” o valor de um pagamento que é único a cada mês.

A questão é: nesses termos, como compatibilizar o caput do dispositivo com os incisos de seu parágrafo primeiro?

Explica-se. O caput do artigo 44 prevê que a base de cálculo da multa será “a totalidade do tributo ou contribuição”. Se isso significa o valor devido no ajuste anual, qual seria o conteúdo do inciso IV do parágrafo primeiro (acima grifado), em especial considerando: (i) a possibilidade (remota, mas existente) de verificação da ausência de recolhimento de estimativa ainda no curso do ano-calendário (quando ainda não há ajuste anual apurado), e (ii) a previsão de que a multa isolada pode ser exigida “ainda que que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”?

Em ambas as hipóteses acima, teríamos um problema quanto à base de cálculo para a multa isolada a ser aplicada, eis que, (i) no caso de verificação, ainda no curso do ano calendário, de ausência de recolhimento da estimativa mensal, a base de cálculo da multa isolada seria inexistente, e (ii) no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa no ajuste anual, a base de cálculo da multa isolada seria zero.

É dizer, nessas situações, (i) a multa isolada não poderia (impossibilidade prática) ser aplicada antes da entrega da declaração, por ausência de base de cálculo, e (ii) o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º traria uma afirmação em si mesma contraditória, eis que ele estaria dizendo que a multa isolada poderia ser exigida ainda que sua base de cálculo fosse zero.

A MP 303, de 29 de junho de 2006, que perdeu eficácia em 27 de outubro daquele ano, e MP 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei 11.488/2007, alterou o texto legal de maneira que o caput do artigo 44 da Lei 9.430/1996 deixou de indicar a base de cálculo das multas, sendo certo que a base de cálculo da multa isolada atualmente é, nos termos do inciso II, o valor do pagamento mensal devido. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

A legislação foi alterada sem qualquer previsão expressa de ter sido interpretativa (art. 106 do CTN), o que leva à conclusão de que a alteração, por si só, não teria influência na interpretação a ser dada à legislação vigente anteriormente.

Por oportuno, observo que a circunstância de um texto legal (palavras/literalidade) ter sido alterado nada diz sobre se, de fato, houve alteração da norma jurídica subjacente (isto é, do significado formado a partir da interpretação de tal texto). Isso porque a alteração de um texto normativo pode ser realizada tanto para trazer novo sentido à norma como meramente para fazer com que a literalidade reflita o sentido lógico já contido na norma anterior (neste último caso se compreende a alteração como tendo natureza interpretativa).

No caso, para períodos anteriores a 2007, temos o seguinte dilema: ou (a) se considera que o caput do artigo 44 da Lei 9.430/1996, quando menciona “totalidade de tributo ou contribuição”, está se referindo ao ajuste anual -- hipótese em que (i) não se aplica a multa isolada se verificada no curso do ano calendário, em virtude da ausência de base de cálculo, e (ii) deve ser ignorado o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º (“ainda que que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”), porque contraditório com o caput, ou (b) se confere ao caput do artigo 44 um sentido diverso, compreendendo-se o significado de “totalidade de tributo ou contribuição” como sendo, genericamente, o valor devido que deixou de ser recolhido, e integrando-o de acordo com a hipótese prevista em cada um dos incisos do parágrafo primeiro em questão – assim, para os incisos I e II ele significaria o ajuste anual, enquanto que, para os incisos III e IV, seria o valor do recolhimento mensal devido.

Muitos sustentam que não se pode interpretar que a legislação esteja mencionando “tributo” querendo se referir às estimativas já que, tecnicamente, estas não são tributo mas mera antecipação. Sem embargo, não vejo problemas em tal raciocínio já que, na qualidade de antecipação de uma prestação potencialmente devida, a estimativa tem, em sua origem, a qualidade e a natureza do que busca antecipar.

Portanto, considerando o arrazoado acima, compreendo que a única forma de compatibilizar o trecho final do caput do artigo 44 da Lei 9.430/1996, em sua redação original, com o trecho final do inciso IV do seu parágrafo 1º, é considerar que a menção do caput à “totalidade de tributo ou contribuição” deva ser compreendida de forma integrada com os incisos do parágrafo primeiro, sem negar eficácia a nenhuma de suas disposições.

Deste modo, muito embora tal termo se identifique com ao valor devido no ajuste anual nos incisos I e II do parágrafo 1º (o que, inclusive, justificaria a menção ao vocábulo “totalidade”), no caso de ausência de recolhimentos mensais (incisos III e IV do parágrafo 1º), a base de cálculo da multa necessariamente é o valor do recolhimento mensal devido.

Não se nega que o caput orienta a matéria a ser tratada na norma, nem o fato de os parágrafos serem dedicados a expressar “os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (Lei Complementar 95/98, art. 11, III, “c”), não obstante também se deve ter em mente a máxima de hermenêutica segundo a qual a lei não contém palavras inúteis (verba cum effectum sunt accipienda – i.e., as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia). Assim, compreendo não ser adequado, especialmente quando possível uma interpretação que pressuponha a coerência do texto normativo, optar por uma interpretação que resulte em se considerar como não escrita a integralidade do trecho final do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 44, da Lei 9.430/1996.

Tal interpretação revela-se, ainda, coerente com o princípio geral de que, em se tratando de penalidade, a graduação deve levar em conta a gravidade da falta, sendo assim adequado o entendimento de que a multa tenha por base de cálculo o valor da estimativa mensal devida e não recolhida.

Além disso, em se estabelecendo a base de cálculo da penalidade como sendo o valor do recolhimento mensal devido e não realizado, a interpretação se coaduna com a faculdade que se confere ao sujeito passivo de interromper os pagamentos por antecipação quando apure, mediante balanços ou balancetes mensais, que o valor já pago da estimativa acumulada excede o valor do tributo calculado com base no lucro ajustado do período em curso (parágrafo 2º do artigo 39 da Lei 8.383/1991).

É dizer, a multa isolada não poderá ser aplicada na hipótese em que o recolhimento mensal não seja devido -- em razão do levantamento de balancetes de suspensão – e proporcionalmente, em caso de balanços de redução. E isso, ressalte-se, independentemente de transcrição e tais balancetes no Diário, como enuncia a Súmula CARF 93: “A falta de transcrição dos balanços ou balancetes de suspensão ou redução no Livro Diário não justifica a cobrança da multa isolada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, quando o sujeito passivo apresenta escrituração contábil e fiscal suficiente para comprovar a suspensão ou redução da estimativa”. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das premissas de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a conclusão a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica – nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência isolada de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida versus valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva,

é por este absorvido”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (ratio decidendi) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

Súmula CARF 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Com a devida vênias, afastar a aplicação das razões de decidir da referida Súmula uma vez que esta foi editada antes da alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 promovida pela Lei nº 11.488/2007, como se tal alteração legislativa fulminasse de morte toda a

lógica e racionalidade da referida Súmula me parece postura muito perigosa para fins da segurança jurídica.

Nesse ponto, e para entender e compreender as razões de decidir necessário se faz analisar os precedentes que justificaram a produção da referida Súmula, e a conclusão que posso chegar é a de que os fundamentos da *ratio decidendi* permanece intacta e inalterada mesmo com a alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Entendo ainda que, a lógica é a mesma no que se refere à aplicação da Súmula Vinculante CARF n. 22 mesmo para exclusões realizadas no âmbito do SIMPLES NACIONAL, muito embora ela se refira ao SIMPLES FEDERAL.

Veja que, neste caso específico, o que ocorreu foi sim, de fato, uma mudança completa no regime do Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317/1996, substituído pela LC 123/2006.

O que ocorreu neste exemplo, foi uma completa mudança no regime de tributação diferenciado para os micro e pequenos empresários e, mesmo assim, não são poucos os precedentes deste CARF - e desta mesma TO- que aplicam a mesma *ratio decidendi* da referida Súmula para anular atos de exclusão realizados já no âmbito do novo regime. Para mim deve ser aplicada a mesma lógica.

Por tais razões entendi que o recurso deveria ser provido também neste ponto.

Diante do exposto, estas foram as razões, com a devida vênia, que me levaram a divergir do voto do nobre colega Relator, razão pela qual orientei meu voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

*Assinado Digitalmente*

**Daniel Ribeiro Silva**