



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720129/2018-50
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-006.078 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de setembro de 2022
Recorrentes TELEFONICA BRASIL S.A.
FAZENDA NACIONAL

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.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Jandir Jose Dalle Lucca, Antonio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente) Ausente(s) o conselheiro (a) Iagaro Jung Martins, substituído (a) pelo (a) conselheiro (a) Carmem Ferreira Saraiva.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em face do ora Recorrente, TELEFONICA BRASIL S/A., no qual a fiscalização alega que, nos anos calendários de 2013 e 2014, a contribuinte, cometeu as seguintes infrações:

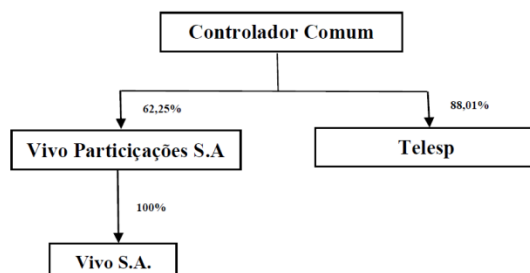
- a) Amortização indevida de ágio relativa ao IRPJ e CSLL;
- b) Glosa dos Juros sobre Capital Próprio como reflexo da glosa relativa à amortização do ágio.
- c) Exclusão do prejuízo fiscal operacional relativo ao exercício de 2014, uma vez que o prejuízo fiscal auferido no ano-calendário de 2013 teria sido integralmente consumido pelas infrações apuradas no trabalho fiscal.
- c) Foi imputada multa qualificada de 150%

Em 27 de outubro de 2014, foi aberto procedimento de fiscalização, Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - nº 08.1.85.00-2014-00253-0, que apurou os efeitos tributários da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, CNPJ nº 02.558.074/0001-73, pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A) ocorrida em 27/04/2011.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 1013/1067, a situação fática que deu origem ao lançamento foi a seguinte:

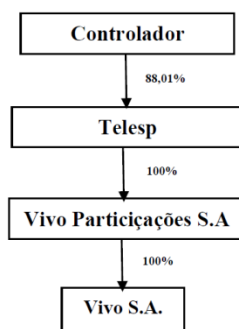
- a) Após uma série de operações societárias, referidas como “etapas preparatórias” para a operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo, a configuração societária que antecede a incorporação de ações ocorrida em **27/04/2011** demonstra que ambas as empresas envolvidas na operação estavam sob um controle comum, dentro de uma complexa cadeia de controle encabeçada pela empresa espanhola Telefónica S.A.

SITUAÇÃO INICIAL: EMPRESAS SOB CONTROLE COMUM

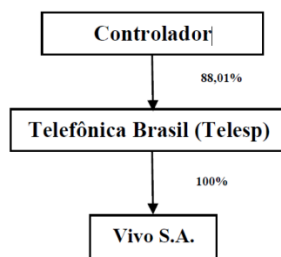


- b) Em **27/04/2011** o sujeito passivo incorporou as ações da Vivo Participações S.A., tornando-se esta sua subsidiária integral. Em decorrência dessa operação societária, o sujeito passivo contabilizou um ágio no montante de R\$ 22.211.356.891.

1ª ETAPA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES



- c) Em **03/10/2011**, o sujeito passivo incorporou 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.

2ª ETAPA: INCORPORAÇÃO DA VIVO PARTICIPAÇÕES

Logo em seguida a Autoridade Fiscal faz a transcrição dos fatos relevantes:

4.1 –INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES

(...)

No momento em que teve suas ações incorporadas pelo sujeito passivo, a Vivo Participações S/A detinha participação societária de 100% no capital social da operadora Vivo S/A, de modo que, concluído o evento societário que teve por objetivo unificar a base acionária da Vivo Participações S/A e da Telefônica Brasil S/A, esta passou a deter a totalidade das ações da Vivo Participações S/A e, conseqüentemente, o controle indireto e integral da Vivo S/A.

De acordo com o item 2.2 do Fato Relevante (Doc. 07), a incorporação de ações não provocou alterações 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).

(...)

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.

O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 10) 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.

4.2. EXTINÇÃO DA VIVO PARTICIPAÇÕES, INCORPORADA PELO SUJEITO PASSIVO.

Em **03/10/2011**, decorridos em torno de seis meses da incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo - evento descrito no subitem anterior -, foi aprovada a incorporação daquela subsidiária integral por esta sua controladora, bem como os termos, condições gerais da operação e justificativas contidos no Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, elaborado para apresentar os detalhes deste evento societário, conforme se depreende da Ata da 34ª Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 03 de outubro de 2011 (Doc. 04), na sede social do sujeito passivo.

(...)

Somente a partir da incorporação da empresa Vivo Participações S/A, em **03/10/2011**, o sujeito passivo passou a aproveitar tributariamente a amortização do ágio oriundo da operação anterior de incorporação de ações dessa empresa, nesse momento extinta, cuja apuração e reconhecimento contábil serão detalhados a seguir.

5. DO ÁGIO SURGIDO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES PELO SUJEITO PASSIVO

(...)

Nessas mesmas reuniões, foram deliberadas a constituição de comitês especiais independentes nas duas empresas, bem como a definição de seus poderes e atribuições para estudar e negociar a relação de substituição de ações na aludida operação de incorporação de ações, conforme Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Vivo participações S/A (Doc. 13) e Ata da 186ª Reunião do Conselho de Administração da Telesp (Doc. 14), ambas realizadas em 27/12/2010.

No exercício dessas incumbências, o comitê independente da Vivo Participações indicou a Signatura Lazard Assessoria Financeira Ltda e o comitê independente da Telefônica Brasil indicou o Banco Santander (Brasil) S/A para atuarem como seus assessores financeiros na operação.

A empresa Planconsult Planejamento e Consultoria Ltda., CNPJ nº 51.163.748/0001-23, foi contratada pelas diretorias da Vivo Participações e da Telefônica Brasil para efetuar a avaliação dos patrimônios de ambas as empresas a preço de mercado, bem como avaliar as ações da Vivo Participações para fins de determinação do aumento de capital do sujeito passivo, decisão esta ratificada na deliberação 6.1 da Ata da 32ª Assembleia Geral Extraordinária da Telesp (Doc. 08), realizada em 27/04/2011, e na deliberação 6.4 da Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Vivo Participações S/A (Doc. 09), realizada na mesma data.

Assim, segundo o Laudo de Avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 10), elaborado pela Planconsult, o valor econômico da empresa avaliada com base no método do fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, era de R\$ 31.222.629.890,89.

(...)

Instada a demonstrar, no âmbito do procedimento fiscal encerrado e formalizado sob o PAF nº 16561.720128/2017-24, a apuração do ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, bem como a apresentação do balanço patrimonial que serviu de referência para o cálculo desse ágio, o sujeito passivo apresentou um arquivo em formato *Excel* contendo um conjunto de planilhas (Doc. 15), dentre as quais o balancete da Vivo Participações do trimestre encerrado em 31/03/2011 na aba “Doc A”, e a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido da Vivo Participações (Doc. 16), referente ao mesmo período, os quais demonstram que o patrimônio líquido era de R\$ 9.011.273.028,79 na data adotada como referência.

(...)

A partir desses lançamentos contábeis é possível concluir que não houve qualquer sacrifício financeiro (pagamento), e nem mesmo econômico - como veremos adiante -, no evento societário que originou o ágio acima destacado, e seu surgimento nos livros contábeis somente ocorreu em face do sujeito passivo ter incorporado as ações da Vivo Participações S/A pelo seu valor subjetivamente avaliado, a partir de premissas fornecidas pela administração da própria empresa avaliada, segundo algum critério que teria aferido seu potencial de lucratividade futura, numa operação “não caixa” que não envolveu qualquer desembolso entre as empresas transacionadas, submetidas a um mesmo controlador comum, que também será melhor detalhado adiante.

O sujeito passivo esclarece ainda que promoveu uma alocação desse ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. aos ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos, sendo que somente a parcela remanescente desse montante após as alocações permaneceu registrada como *goodwill*, buscando-se, com esse procedimento, conforme resposta do sujeito passivo (Doc. 03) ao Termo de Intimação nº 5 do PAF nº 16561.720128/2017-24, a convergência aos padrões internacionais de contabilidade (IFRS) preconizada pela Lei nº 11.638/07.

(...)

Curioso observar que o sujeito passivo promoveu essas alocações do ágio entre mais valia e *goodwill* em **30/06/2011**, mediante lançamentos contábeis na **Conta 14111214 – Vivo Participações** (Doc. 17), revertidas com lançamentos de estorno no dia seguinte, em **01/07/2011**, mesmo porque, pelo Princípio Contábil da Entidade, os ditos ativos identificáveis e passivos assumidos pertenciam à sua subsidiária integral Vivo Participações S.A., e não ao sujeito passivo, pelo menos até que o investimento fosse extinto por incorporação pela investidora.

Dessa forma, entendendo que não preenchia os requisitos legais para o aproveitamento tributário, as amortizações do ágio registradas contabilmente **até 30/09/2011**, na **Conta 14111214 – Vivo Participações**, foram lançadas em contrapartida da **Conta 31982420 – Equivalência Patrimonial**, de modo a não gerar efeitos na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Somente com a incorporação da Vivo Participações S.A. em **03/10/2011**, o sujeito passivo procedeu em definitivo a alocação do ágio aos ativos e passivos recebidos da então extinta subsidiária integral, conforme se verifica dos lançamentos contábeis registrados em **31/10/2011** na referida **Conta 14111214 – Vivo Participações** (Doc. 17), porém em valores já descontados das amortizações reconhecidas contabilmente até 30/09/2011, a partir de quando passou a aproveitar tributariamente as amortizações desse ágio.

5.1 DA NATUREZA INTRAGRUPO DO ÁGIO GERADO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Para a caracterização da natureza intragrupo do ágio gerado na operação de incorporação das ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo é necessário que se examine a evolução da estrutura societária em que aludidas empresas faziam parte.

A Vivo Participações S/A era controlada pela Brasilcel N.V., sociedade com sede na Holanda, que por sua vez era detida na proporção de 50% pela Telefónica S/A, sociedade com sede em Madri, Espanha, e 50% pela Portugal Telecom SG SGPS, S.A., sociedade com sede em Lisboa, Portugal.

A empresa sediada na Holanda, Brasilcel N.V., era, portanto, uma empresa holding que, desde 2001, serviu de veículo para a realização de uma joint venture entre o grupo espanhol Telefónica e o grupo português Portugal Telecom para deter as ações e exercer o controle conjunto de companhias operadoras de telefonia celular no Brasil encabeçada pela Vivo Participações S/A.

Em 28/07/2010, foi assinado um acordo segundo o qual a Telefónica S/A concordou em adquirir 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., o que resultaria na aquisição indireta das ações da Vivo Participações S/A.

A operação de aquisição das ações da Brasilcel N.V. foi aprovada pelo Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel em reunião realizada em 23 de setembro de 2010, formalizada por meio do Ato nº 6235, de 27/09/2010, conforme noticiado no Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18).

Aludidas deliberações envolvendo a alienação das ações da Brasilcel N.V. foram tornadas públicas por meio dos fatos relevantes datados de 28/07/2010 e de 27/09/2010 (Doc. 19), conforme explica o item 4 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da Telefónica Brasil S.A., dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2011 e 2010 (Doc. 12).

(...)

O mesmo item 4 das aludidas Notas Explicativas consigna que a Brasilcel N.V. foi incorporada pela Telefónica S.A. em **21/12/2010**, quando a incorporadora espanhola, na condição de única controladora da Vivo Participações, já detinha participação societária direta e indireta de aproximadamente **60%** do capital social desta empresa brasileira.

Embora o Grupo Telefónica entendesse que a aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., não implicava alienação de controle, mas tão somente saída de um dos membros do bloco de controle, resolveu observar os procedimentos estabelecidos no artigo 254-A da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, diante do questionamento da área técnica da CVM quanto à realização de oferta pública de aquisição de ações (OPA) por alienação de controle.

De acordo com o aludido artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações, o adquirente do controle de companhia aberta se obriga a realizar oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, assegurando-lhes o preço mínimo de 80% do valor pago pelas ações do bloco de controle.

Assim, o Grupo Telefónica, através de sua controlada SP Telecomunicações Participações Ltda., promoveu uma oferta pública de aquisição de ações (OPA), tendo por objeto a aquisição de ações com direito a voto da Vivo Participações S/A (ações ordinárias), e preço ofertado equivalente a oitenta por cento (80%) daquele transacionado entre a Telefónica e a Portugal Telecom por *unit* da ação ordinária (ON) da Vivo Participações S/A detida pela Brasilcel N.V., conforme detalhado no Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18).

Em **18/03/2011**, data da realização do leilão da OPA, a SP Telecomunicações Participações Ltda. adquiriu do mercado 10.634.722 ações ordinárias da Vivo Participações S/A, representando 2,65% de seu capital, passando o Grupo Telefônica a deter em torno de **62%** de participação societária no capital da **Vivo Participações S/A**.

Note-se que o item 1.2 do Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18), ao esclarecer a motivação subjacente à realização da OPA, observou que a Telefônica S/A, antes mesmo da aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., já detinha o controle compartilhado da Brasilcel e, por decorrência, da Vivo Participações S.A. e da Vivo S.A..

“1.2 Esclarecimento a Respeito da Oferta. A Telefônica, anteriormente à aquisição, já possuía o controle compartilhado da Brasilcel e, portanto, a Ofertante e a Telefônica entendem que houve apenas a saída de um dos membros do bloco de controle, de modo que tal operação não configuraria alienação de controle.”

Com a conclusão da aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., o Grupo Telefônica passou a deter o controle absoluto da Vivo Participações S.A. e, conseqüentemente, da Vivo S.A., conforme esclarecem o sujeito passivo e a Vivo Participações S.A. em seu requerimento conjunto de Anuência Prévia dirigido ao Conselho Diretor da Anatel (Doc. 20):

(...)

O sujeito passivo, ainda sob a denominação social de Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, no mesmo requerimento conjunto de Anuência Prévia dirigido ao Conselho Diretor da Anatel, informou que cerca de **88%** de participação societária no seu capital social era detida pelo Grupo Telefônica, quando da apresentação do aludido requerimento, conforme a seguir:

(...)

Conclui-se, portanto, que à época da aprovação da proposta de reestruturação societária em 27/12/2010, assim como no momento da concretização da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo, em 27/04/2011, **a espanhola Telefônica S.A. detinha o controle direto e indireto de ambas as empresas, possuindo participação societária de aproximadamente 62% do capital da Vivo Participações S.A. e de 88% do capital do sujeito passivo**, quando adotava a denominação social Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, **de modo a caracterizar o ágio reconhecido contabilmente quando da operação de incorporação de ações como surgido internamente**. Inquestionável, portanto, que o ágio surgido na operação possui **natureza intragrupo**.

Tanto não restam dúvidas quanto à natureza intragrupo desse ágio que, reitera-se, as próprias empresas envolvidas na operação de incorporação de ações, quando da submissão do requerimento conjunto de Anuência Prévia (Doc. 20), informaram ao Conselho Diretor da Anatel estar submetidas a um mesmo controlador comum e que não haveria alterações na composição do controle final das companhias envolvidas na reestruturação.

Relatada as situações fáticas acima, a autoridade fiscal apontou, resumidamente, as seguintes razões para glosa do ágio:

a) O Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC 15 (item 2c), ao dispor sobre o método de aquisição na contabilização de combinações de

negócios, afasta explicitamente de seu alcance aquelas que envolvem empresas sob controle comum;

b) O Apêndice B do CPC 15 (itens B1 e B4) enfatiza que a contabilização pelo método de aquisição não se aplica a combinações de negócios em que as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, de forma não transitória, antes e depois das operações societárias;

c) O Pronunciamento Técnico CPC 04 (item 48) dispõe peremptoriamente que o ágio gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo;

d) A Resolução do Conselho Federal de Contabilidade – CFC nº 1.110/2007 (item 120) estabelecia que o reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais, devendo ser baixado;

e) A Resolução CFC nº 1.292/2010 (item 125), que revogou a Resolução CFC nº 1.110/2007, manteve o mesmo entendimento da norma anterior;

f) Os renomados professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior lecionam, em sua obra *A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Consequências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade* que, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, não sendo permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente;

g) A Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, manifestou-se contrariamente à geração artificial de ágio interno em operações de reestruturação societária, especialmente incorporação de ações a valor de mercado de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico, definindo este tipo de transação como “transação consigo mesmo” ou “transação dos acionistas com eles próprios”;

h) O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2013, embora posterior à conduta ora em apreço, ratifica o entendimento anteriormente exarado, disciplinando que o ágio interno é vedado pelas normas internacionais de contabilidade e simplesmente inexistente.

Cientificada (fls. 1072) a contribuinte apresentou impugnação na qual alegou, resumidamente, o seguinte:

- a) **Prevalência da lei sobre as disposições contábeis:** O fundamento do Auto de Infração para a glosa das despesas de amortização de ágio é unicamente a alegada irregularidade na contabilização do ágio pela Impugnante, a qual teria supostamente violado o Novo Regime Contábil. Contudo, a suposta violação de normas contábeis, que sequer produzem repercussões ou efeitos no campo jurídico-tributário em razão da vigência do RTT, não tem a força de amparar o lançamento tributário;
- b) **O Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 aplicável à incorporação de ações da Vivo Par:** A operação de incorporação de ações da Vivo Par e o ágio pago pela Impugnante inegavelmente se submetem aos efeitos do Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 e não ao Novo Regime do Ágio da Lei nº 12.973/2014, nos termos do artigo 65 da referida lei;
- c) **Os efeitos do RTT:** o registro do ágio submete-se ao Regime Contábil Anterior: Para as empresas sujeitas ao RTT, como era o caso da Impugnante, a

determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL era efetuada com base no Regime Contábil Anterior, sem levar em conta as alterações contábeis introduzidas pelo Novo Regime Contábil, normativos da CVM, Pronunciamentos Técnicos do CPC ou do CFC.

d) Inaplicabilidade retroativa dos efeitos da Lei nº 12.973/2014

e) Antes da operação de aquisição de investimento na Vivo Par, não havia qualquer relação ou vínculo de dependência societária entre os acionistas não controladores da Vivo Par e o Grupo Telefônica, não sendo possível afirmar, tal como indevidamente feito pela autoridade lançadora no TVF, que o ágio pago pela Impugnante aos acionistas da Vivo Par seja qualificado como “ágio intragrupo”, ainda que tal condição não fosse suficiente, por si só, para afastar a legitimidade desse ágio apurado e registrado de acordo com o Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97.

f) Não há qualquer motivo técnico e objetivo para autoridade lançadora especular quanto à legitimidade do Laudo DCF Planconsult e desconsiderar o demonstrativo de rentabilidade futura calculado. É inequívoco que não existe fundamento técnico ou legal que respalde tal desconsideração ou a avaliação econômica do valor de mercado as ações da Vivo Par. Para desconstituir a validade de um documento técnico seria necessário que lhe fossem apontados defeitos técnicos em seu conteúdo, o que não ocorreu. O ônus da prova, nesse caso, é da autoridade lançadora.

g) - Inexiste regra contábil que trate da combinação de negócios entre empresas sob controle comum. As transações entre entidades sob controle comum não são obrigatoriamente realizadas pelos seus valores contábeis (adoção do Método de Custo). Pelo contrário, o ICPC 09 determina que: (a) deverá ser aplicada a regulação existente por órgão regulador da entidade; e (b) na hipótese de não existir norma específica, a administração deve desenvolver política contábil específica que tome por base a prevalência da substância econômica sobre a forma. Portanto, 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”.

h) Da análise dos precedentes da CVM citados no TVF é possível concluir que se tratam de casos não equiparáveis, na medida em que as operações questionadas pela CVM foram realizadas (i) sem qualquer substância e contexto econômico; (ii) entre entidades que possuíam exatamente a mesma participação societária e, nesse contexto, não envolveram partes independentes como é o caso dos acionistas minoritários, cujos interesses e vontade devem ser respeitados e preservados. Todos esses precedentes apenas reforçam que o presente lançamento está assentado em premissas que destoam do verdadeiro entendimento da CVM, uma vez que a autarquia reconhece de forma expressa a possibilidade de aplicação do Método de Aquisição e do registro contábil do ágio em transações que envolvam entidades sob controle comum, mas que possuam contexto, substância econômica e desde que presentes os requisitos exigidos pela melhor prática contábil e na legislação societária, tal como se dá no caso análise.

i) Por fim, a autoridade lançadora ignorou que a CVM analisou e não questionou a operação e o respectivo ágio apurado e pago pela Impugnante, fato que apenas confirma que esse órgão competente (CVM) reconheceu a legitimidade do procedimento contábil adotado na operação.

j) O valor do ágio pago pela Impugnante na aquisição de ações da Vivo Par deve ser computado no cálculo do limite de JCP, tanto no Regime Contábil do Anterior e no Novo Regime Contábil, não havendo que se falar em qualquer “superestimação” do valor de patrimônio líquido da Impugnante ou qualquer ajuste a ser feito nesse patrimônio.

l) - O Auto de Infração aplicou indevidamente a multa qualificada de 150%, já que em momento algum se demonstrou a prática de fraude, dolo ou sonegação nas operações realizadas. Nesse sentido, a Impugnante demonstrou que todos os eventos foram praticados às claras realizados e com os mais elevados padrões de transparência, divulgados em fatos relevantes ao mercado e refletidos em documentos públicos, além de contarem com a total anuência das mais diversas autoridades regulatórias brasileiras, como CVM e ANATEL, além de órgãos internacionais de regulação do mercado de capitais como é o caso da SEC.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte deu parcial provimento à impugnação em decisão cuja ementa é a seguinte (fls 1540):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

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: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014

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.

Cientificado (fls.1586) o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 1540/1577, no qual reitera as razões já suscitadas quando da Impugnação.

A PGFN apresentou as contra-razões ao Recurso Voluntário (fls. 1740/1777), na qual reitera as alegações já suscitada pela autoridade fiscal. Em particular alega, resumidamente, o seguinte:

- a) sem a aquisição de uma rentabilidade inédita não há como haver o registr de um ágio. Isso porque, em termos econômicos, o registro de um ágio se justifica em face da aquisição pela empresa de uma riqueza que antes não detinha.
- b) Caso a rentabilidade (ou outro fundamento econômico do ágio) adquirida por uma empresa não seja de terceiros, será dela mesma, e, sendo assim, não há que se falar em aquisição;
- c) Não houve qualquer alienação pelos acionistas de qualquer rentabilidade da VIVO PAR, mas sim a transformação de suas participações diretas em participações indiretas.
- d) Os precedentes da CVM mencionados pela Recorrente militam contra seu interesse, pois, a possibilidade do registro do ágio em operações entre empresas sob controle comum existe apenas quando o controlador não participa da negociação e das tomadas de decisão.

É o relatório

Voto

Conselheira: Junia Roberta Gouveia Sampaio, Relatora.

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual, dele conheço.

1) DAS IRREGULARIDADES APONTADAS NO TRABALHO FISCAL

Conforme se verifica pela leitura do TVF, os fundamentos utilizados para invalidação do ágio discutido nos autos foram os seguintes:

- a) Ausência de independência entre as partes
- b) Superestimação artificial das empresas uma vez que a utilização do método de aquisição prevista no CPC 15 era vedada na hipótese de empresas sob controle comum;
- c) Ausência de pagamento;

Diante das circunstâncias dos autos, em que 40% das ações pertenciam a acionistas minoritários, entendo que a solução da controvérsia demanda resposta às seguintes questões: a) O fato da combinação de negócios ter sido realizada por empresas sob controle comum, ainda que na presença expressiva de acionista minoritários, demonstra a substância econômica do ágio? Existe parâmetro para se que se possa apurar o valor econômico da transação? A incorporação de ações é hipótese de pagamento?

2) DO RECURSO VOLUNTÁRIO

2.1) A DISTINÇÃO DO ÁGIO SOB O ASPECTO CONTÁBIL E FISCAL

Antes de respondermos as perguntas acima expostas, é importante respondermos a seguinte questão: existe diferença de tratamento do ágio no aspecto contábil e fiscal?

A figura do ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e seu valor patrimonial. O ágio surge, portanto, se uma das partes se dispõe, por motivos diversos, a pagar por aquele investimento um valor superior ao valor constante do seu patrimônio líquido. Essa precificação do negócio deve ocorrer em condições normais de mercado (*arm's lenght*) o que demandaria a existência de partes independentes.

Exatamente por esse motivo, para a contabilidade, o ágio somente poderia existir quando estivessem envolvidas partes independentes, ou seja, quando for resultado de um processo de barganha negocial.

Todavia, a frequente utilização do ágio em operações de negócios entre empresas sob controle comum, decorre do fato de que a legislação tributária não adotou expressamente o conceito contábil. Como esclarece LUIS EDUARDO SHOUEIRI em obra dedicada ao tema:

“Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária.

(...)

Daí que eventuais lições extraídas da Contabilidade devem ser lidas *cum grano salis*, visto que surgidas a partir de outro pressuposto (o contábil), não adotado pelo legislador tributário. (SCHOUERI, Luís Eduardo – *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, ed. Dialética, 2012, p. 106)

Diante da adoção do Método de Equivalência Patrimonial pelo artigo 248 da Lei nº 6.404/76, a legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas: a) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição

da respectiva empresa investida e b) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aquisição. Vejamos:

Decreto-lei n. 1.598/77

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.

Avaliação do Investimento no Balanço

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.

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.

No entanto, a apuração ou amortização contábil do ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, sempre

permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria, conforme se verifica pela leitura do artigo 25 do Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25- As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

As consequências tributárias surgirão apenas com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração de 1/60 decorrente da fórmula prescrita pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 abaixo transcrito:

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;

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I **integrará** o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta **deverá registrar**:

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

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

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

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao

pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o

Os investimentos permanentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo MEP, mediante a aplicação do percentual de participação na controlada ou coligada sobre o valor do patrimônio líquido da companhia. Apesar de derivar da legislação societária, a segregação e o desmembramento do custo do investimento em valor de equivalência patrimonial **e valor de ágio ou deságio foi determinada pela lei fiscal**, especificamente o disposto nos artigos 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e 385 do RIR/99.

O legislador tributário poderia ter optado por utilizar o conceito de ágio dos normativos contábeis, caso fizesse apenas referência a este. No entanto, esta não foi a sua escolha. Ele optou por definir exatamente o que seria “ágio” para fins tributários e quais seriam as formas para o seu reconhecimento. Mais do que isso, ao estabelecer o direito à amortização do ágio, o Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 fez menção expressa ao ágio apurado na forma do Decreto-lei nº 1.598/77, e não ao ágio apurado conforme as normas contábeis ou qualquer outra.

De todo modo, 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, como bem esclarece MARCOS SHIGUEO TAKATA, o ágio é um conceito econômico que produz efeitos jurídicos. Como tais efeitos são relevantes para contabilidade e para o direito societário, tais ramos são importante para fornecer subsídios que identifiquem o referido efeito.

Diante dessa natureza econômica, a contabilidade tem adotado a premissa de que ágios gerados em operações entre *entidades* sob controle comum são ágios internos; logo não podem ser reconhecidos. Isso porque se o ágio é o sobrepreço que se paga por um negócio jurídico seria imprescindível a existência de um terceiro para que se pudesse justificar a disposição de pagar esse sobrepreço.

No entanto, como ressaltam ELISEU MARTINS e SERGIO DE IUDICIBUS, em artigo intitulado “*Ágio Interno é um mito*”? quando se trata desse tema, a primeira observação a ser feita é que o conceito de *entidade* varia com a legislação de cada país e “*o Iasb ainda não emitiu até hoje a definição de entidade. Ela sequer está no seu glossário. Usa essa palavra em praticamente todos os seus documentos (IASs, IFRSs, IFRICs, etc) mas não a define!*” (MARTINS, Eliseu, IUDICIBUS, Sérgio de – *Ágio Interno é um mito?* in “Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 4º Volume, ed. Dialética, p. 91)

O conceito de entidade irá variar conforme seja tratada pela contabilidade como entidade econômica ou jurídica. Na primeira hipótese (entidade econômica) suas demonstrações contábeis deverão ser refletidas em um balanço consolidado. Conforme exemplificam ELISEU MARTINS e SERGIO DE IUDICIBUS:

Um caso extremo de conceituação do que seja entidade é o dos EUA. Lá, as normas contábeis só existem para o balanço consolidado quando da existência de uma entidade que controle pelo menos outra entidade. Naquele país só existem balanço individual para fins externos quando de uma entidade que não possua uma única controlada. Afora essa situação, lá é inclusive vedada a divulgação das demonstrações individuais; só podem ser divulgada as demonstrações consolidadas. Por isso, não encontramos normas sobre balanços individuais quando da existência de investimentos em controladas no Fasn.

(...)

Assim, para eles, o ágio denominado interno é o gerado, de fato, não só dentro de cada uma das empresas integrantes do grupo econômico sob controle comum, mas também o derivado entre entidades desse mesmo grupo.

Nos EUA, o conceito de entidade para fins contábeis é o da entidade econômica, do grupo econômico de empresas, e não o da entidade jurídica como estamos acostumados no Brasil. Logo, quando falam em ágio interno, estão de fato se referindo não só ao não reconhecimento do ágio gerado individualmente em cada empresa, mas também ao surgido em transações entre empresas sob o mesmo controle.

(...)

Só que, no caso dos países europeus que adotam as normas do Iasb, há um grande diferencial: nesses países há, sim, práticas usuais de registro do goodwill nas operações entre entidades do mesmo grupo econômico, apesar de não existirem regras definidas nas normas internacionais do Iasb. A interpretação é: não há normas, logo cada um segue o que considerar melhor.

O que significa isso? Simplesmente significa que não há qualquer norma ou mesmo orientação, nesses dois conjuntos de normas contábeis, as mais importantes do mundo, sobre como contabilizar operações entre entidades sob controle comum, inclusive as transações que envolvem a compra e venda de participações societárias, integralização de capital com instrumentos patrimoniais de outra entidade etc.

(...)

E o porquê desse movimento por parte dos europeus? Porque, para eles, principalmente para os não saxônicos, os balanços individuais têm, inclusive por determinação legal societária ou tributária ou ambas, papel relevante. (grifamos)

Também é importante observar que, assim como maior parte da doutrina, o STF, no julgamento do RE 606.107-RS, reconhece que, embora a contabilidade para informação ao mercado possa ser tomada como ponto de partida, ela não subordina a tributação. Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do voto da Ministra Relatora Rosa Weber:

Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. (grifamos)

Diante do exposto, é possível, desde já, estabelecer as seguintes conclusões: a) a legislação fiscal não adotou o conceito ágio utilizado para fins contábeis; b) ainda que tivesse adotado o referido conceito, a própria ciência contábil não tem uma definição precisa sobre a forma de registro do ágio gerado em operações praticadas sob controle comum.

2.2) DO ÁGIO INTERNO E A SIMULAÇÃO

Existe farta jurisprudência desse conselho, diante de uma série de situações concretas levadas a julgamento, no sentido de que o ágio gerado internamente careceria de substância econômica.

É importante ressaltar, no entanto, que, nas situações analisadas, 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.

E aqui é importante destacar que, ao contrário do afirmado por muitos, nas situações analisadas, não se está adotando a teoria do *"business purpose"* sem que tenha havido alteração legislativa para tanto. O que se identifica nas referidas decisões é a ocorrência de simulação das operações praticadas, embora formalmente corretas.

Isso porque, sendo o ágio um conceito econômico ao qual foram atribuídos efeitos jurídicos, ao se afirmar que a operação não tinha propósito negocial o que se quer afirmar é que o ágio não preenchia os pressupostos mínimos de existência.

Com efeito, o que se verifica nessas situações são ágios gerados em decorrência da reavaliação de ativos de empresas controladas, sem qualquer participação de terceiros. Ou seja, não havia o pressuposto mínimo da negociação de mercado que pudesse legitimar o pagamento do sobrepreço. Em outras palavras, nessas situações, era irrelevante a inexistência de expressa vedação legal, pois não havia qualquer razão a legitimar a existência do ágio.

No entanto, como bem observa MARCOS SHIGUEO TAKATA, não é possível estabelecer, de plano, que todo ágio gerado internamente seja fictício. Em artigo intitulado *"Ágio Interno sem Causa ou "Artificial e Ágio Interno com causa ou Real - Distinções Necessárias"* o autor estabelece os requisitos para se identificar o ágio interno real:

5.6. Colocada a base para recriminação do reconhecimento contábil do ágio gerado internamente, em seus devidos termos, podemos extrair a seguinte inteligência.

5.7. O reconhecimento contábil do ágio interno é condenado quando **ele não decorre de pagamento de preço e não há minoritários envolvidos ou terceiros ao quadro societário**, na geração do ágio em reorganizações societárias ocorridas dentro do grupo societário. Os lucros nos estoques na controladora não são eliminados (vendas de baixo para cima); os lucros *downstream* não são eliminados (obrigatoriamente); mesmo na venda entre controladas, os lucros nos estoques na compradora não são eliminados, e, também (por reflexo), não são eliminados na controlada. Associe-se a tudo isso, a existência de terceiros ou minoritários envolvidos ou implicados (valores de saída contra valores de entrada justificados por equivalência patrimonial) na geração do ágio interno.

5.8 Daí dizermos: **é que quando inexistente pagamento de preço e minoritários ou terceiros** que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno, com ausência de geração de riqueza nova - à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas internacionais de contabilidade. É *nesse contexto* que se coloca o chamado ágio "de si mesmo" ou ágio "consigo mesmo".

(...)

13. Para fins jurídico-tributários, o ágio interno, **formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.**

(...)

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 participações em outra controlada, irmã ou "prima" (as duas tem 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. Nesse 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 possua 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 o caso de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário. Aliás, diríamos, até mesmo sob o Direito Contábil após a convergência às normas internacionais de contabilidade, na medida em que a aprovação do valor (preço) tenha-se dado pelos minoritários. E, ainda sob o “novo” Direito Contábil, o contrário implicaria a adquirente tratar aquisição de ações da outra controlada (incorporação de ações) como redução de capital, o que não reflete a realidade econômica, tampouco jurídica. Não se confunde a eliminação do lucro na controladora, sob a nova contabilidade, com a redução de capital da controlada; a eliminação do lucros já se dará contra a eliminação na controlada (e não na controladora adquirente) do efeito do ágio, o que só faz sentido de a controlada adquirente não tratar a aquisição como redução de capital. (grifos nossos e no original)

Diante do exposto, verifica-se que é possível a existência do ágio interno desde que se comprove o pagamento e que existam acionistas minoritários na empresa incorporada que não sejam os mesmos da incorporadora. São esses os pontos que passaremos a analisar na situação concreta discutida no presente processo.

2.3) DA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Como visto no relatório, um dos problemas apontados pela autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal foi a ausência de pagamento do ágio gerado, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito (fls. 1021)

A partir desses lançamentos contábeis é possível concluir que não houve qualquer sacrifício financeiro (pagamento), e nem mesmo econômico - como veremos adiante -, no evento societário que originou o ágio acima destacado, e seu surgimento nos livros contábeis somente ocorreu em face do sujeito passivo ter incorporado as ações da Vivo Participações S/A pelo seu valor subjetivamente avaliado, a partir de premissas fornecidas pela administração da própria empresa avaliada, segundo algum critério que teria aferido seu potencial de lucratividade futura, numa operação “não caixa” que não envolveu qualquer desembolso entre as empresas transacionadas, submetidas a um mesmo controlador comum, que também será melhor detalhado adiante. (grifamos)

A decisão recorrida acolheu a alegação do trabalho fiscal relativa a ausência de pagamento como se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

No caso da reorganização societária da impugnante, relatado e discutido nestes autos, é incontroverso que a reorganização deu-se no âmbito de um grupo econômico, com partes dependentes, e que não houve pagamento pelo ágio registrado na contabilidade. Tal conclusão é decorrente da constatação que a descrição dos fatos trazida pela fiscalização e pela autuada são convergentes quanto a isso.

Verifica-se, assim, que tanto o lançamento quanto a decisão recorrida confundem pagamento com “desembolso de caixa”. No entanto, o pagamento pode, perfeitamente, ser realizado com entrega de ações como demonstra o elucidativo exemplo fornecido em artigo publicado por ELISEU MARTINS e ALEXSANDRO BROEDEL LOPES:

“Para um melhor entendimento desse tipo de operação, veja-se um exemplo prático extremamente simples. Imagine-se que existam dois grupos de acionistas, o grupo A e o B, e que cada um deles seja proprietário de uma empresa, como segue:

Os acionistas da empresa A possuem um investimento que está contabilmente registrado pelo valor de sua participação no patrimônio líquido contábil da empresa A, que é de \$50. Todavia, essa empresa A possui um valor de mercado de \$ 1.000, montante esse pelo qual os acionistas da empresa A estão vendendo o seu investimento. A empresa B adquire então a A.

A primeira forma, tradicional, seria a empresa B pagar aos acionistas da A o valor de \$ 1.000 em dinheiro. Entretanto, como ela não possui esse montante em caixa, opta por efetuar um aumento de capital para obter esses fundos no mercado acionário. Assim, emite 500 ações no valor de mercado de \$2/ação, obtendo caixa para pagar os acionistas de B. Ato contínuo, entrega o valor de \$1.000 aos acionistas de A e passa a ser proprietária da empresa A. Assim, a seguinte situação se configura, admitindo que o valor de mercado passe a corresponder à soma dos valores de mercado individuais anteriores à operação:

Vejamos, inicialmente, que os acionistas de A não mais participam de empresa alguma, e agora detêm o valor de 1.000 em caixa. Já os acionistas de B, continuam possuindo o mesmo número de ações pelo mesmo valor de mercado, mas tiveram sua participação diluída de 100% para 67% com a entrada de novos acionistas. Só que a empresa B também teve o seu valor de mercado aumentado por passar, agora, a deter o controle integral da empresa A. Assim, os acionistas B não tiveram nenhuma alteração no seu patrimônio, que continua sendo de um total de ações com valor de mercado de \$ 2000.

Por outro lado, a empresa B agora possui um investimento que é avaliado, pela equivalência patrimonial, pelo patrimônio líquido contábil e patrimônio líquido contábil e patrimônio líquido com seus elementos individualmente avaliados a valores de mercado, a empresa B contabiliza um ágio no montante de \$ 950, que é resultado dos \$1.00 do valor pago menos os \$50 de patrimônio líquido contábil.

Nesse exemplo há a efetiva transação de caixa. Vejamos, então, como seria essa operação se, ao invés do pagamento em dinheiro aos acionistas de A, a quitação da operação fosse realizada através da concessão de novas ações da empresa adquirente.

A situação inicial é a mesma, mas os acionistas da empresa A entregam suas ações para a empresa B e precisam ser remunerados por isso. Veja-se que, ao receber as ações da empresa B, o seu valor total de mercado aumenta de \$2.000 para \$3.000. Concomitantemente, a empresa B efetua um aumento de capital de 500 ações, com valor de mercado de \$2/ação. Todavia, essas ações não são vendidas no mercado, e sim são entregues diretamente aos acionistas A. Por fim, a seguinte situação se configura:

Inicialmente, veja-se que os acionistas B tiveram uma diluição no seu percentual de participação de A de 100% para 67% por conta das novas ações emitidas. O mesmo ocorreu com a situação em que houve pagamento em dinheiro.

(...)

Por sua vez, a empresa B agora passa reconhecer o investimento em A pela equivalência patrimonial. Assim, o seu investimento é de \$50 e reconhece também um ágio de \$950. **Esse ágio ocorreu pois ela entregou para os antigos donos de A não um valor monetário de \$ 1.000,00, mas títulos patrimoniais que possuem valor de mercado de \$1.000.** Se ela tivesse entregue ativos imobilizados no valor de \$ 1.000, esse ágio também ocorreria. Se tivesse pago através da cessão de contas a receber para os antigos acionistas no valor de \$ 1.000, esse ágio também existiria. Enfim, independentemente da forma de remuneração das ações de A que ela recebeu, o ágio surgiria da mesma

forma. Nesse ponto em nada é diferente a situação do que aquela em que há o pagamento em dinheiro. (LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. “Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura. Algumas considerações contábeis. In Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes. (Org) . Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, v. 3, p. 33-80) (grifamos)

Essa turma já se manifestou a esse respeito, conforme se verifica no acórdão nº 1402-002.323, abaixo transcrito:

PAGAMENTO DO ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. COMPROVAÇÃO. PREÇO DE EMISSÃO DAS AÇÕES BASEADO EM LAUDO DE AVALIAÇÃO. É **exatamente o preço de emissão das ações da incorporadora e sua transferência aos titulares das ações incorporadas que representa o pagamento do ágio na incorporação de ações.** O preço de emissão deverá estar fundamentado em valor patrimonial, de mercado ou de rentabilidade futura. Na hipótese de ter sido aprovada em assembleia geral a emissão por preço de mercado ou de rentabilidade futura, a comprovação do pagamento somente é possível mediante a apresentação de laudo de avaliação destas ações elaborado por empresa especializada e independente. (grifos da Recorrente).

Sendo assim, é possível que o pagamento seja realizado por meio da emissão de ações. Dessa forma, resta saber se é possível estabelecer valor de mercado para transação ocorrida na hipótese dos autos.

Conforme relatado pelo TVF e pela Recorrente, em atendimento às recomendações do Parecer de Orientação CVM nº 35/2008, os Conselhos de Administração da Vivo Par e da Recorrente reuniram-se separadamente, em 27.12.2010, para aprovar o início do processo de incorporação de ações e constituir os Comitês Especiais Independentes que negociariam os termos e condições da operação. Os Comitês Especiais Independentes tinham o objetivo de “negociar a relação de troca de ações” e de “analisar os laudos e estudos das assessorias financeiras e jurídica”.

Para tanto, o Comitê Especial Independente da Vivo Par contratou a Signatura Lazard Assessoria Financeira Ltda. (“Signatura Lazard”) como assessora financeira, grupo internacional especializado em assessoria financeira e de operações de compra e venda de empresas. Já o Comitê Especial Independente da Recorrente contratou como assessor financeiro o Banco Santander Brasil S.A. (“Banco Santander”).

Nessa mesma data, as ações ordinárias da Vivo Par fecharam o pregão da BM&F Bovespa negociadas a R\$ 109,00, enquanto as ações preferenciais da companhia foram negociadas a R\$ 53,30. Considerando que havia 137.269.188 ações ON e 263.444.639 PN em circulação, o valor de mercado da Vivo Par nessa data totalizava R\$ 29.003.940.750,70. A Recorrente traz às fls. 1605 elucidativo quadro comparativo entre o valor apurado nos laudos e aquele que demonstraria o valor de mercado negociado na BM&F Bovespa, o qual transcrevo abaixo:

Determinação do valor das ações da Vivo Par (valores aproximados) – data base de 31.12.2010			
Avaliação	Valor mínimo	Valor máximo	Valor atribuível aos acionistas não controladores (38%)
Laudo DCF Planconsult⁶	R\$ 31,22 bilhões		R\$ 11,86 bilhões
Laudo Signatura Lazard	R\$ 28,13 bilhões	R\$ 31,03 bilhões	Entre R\$ 10,69 e R\$ 11,79 bilhões
Laudo Banco Santander	R\$ 30,31 bilhões	R\$ 33,22 bilhões	Entre R\$ 11,51 e R\$ 12,62 bilhões
Valor de mercado negociado na BM&F Bovespa	R\$ 29 bilhões		R\$ 11,02 bilhões

A operação de incorporação de ações da Vivo Par pela Recorrente foi aprovada pelos acionistas não relacionados da Recorrente e da Vivo Par, com a abstenção de apenas 1 acionista, que possuía 22.880 ações ordinárias e 100 ações preferenciais. Além disso, houve apenas um acionista que manifestou seu direito de dissidência, que detinha tão somente 103 ações ON da Vivo Par. Esses acionistas não controladores tinham, portanto, a efetiva possibilidade de questionar a estrutura e a autonomia de se retirar da companhia, mediante o reembolso de suas ações (artigo 252, §1º da LSA), o que evidencia que a operação se deu em valores de mercado, uma vez que foi aprovado por partes independentes.

2.4) DA VEDAÇÃO DE APLICAÇÃO DO MÉTODO DE AQUISIÇÃO PELO CPC 15.

Embora já evidenciado que a legislação tributária não adotou o conceito de ágio previsto para contabilidade, é relevante a análise da vedação do CPC 15 da aplicação do método de aquisição, uma vez que esse foi um dos principais questionamentos utilizado pela autoridade fiscal no TVF (item 6.1) quando afirma:

O Apêndice B do Pronunciamento Técnico CPC 15 apresenta esclarecimentos adicionais quanto ao alcance desse pronunciamento, notadamente nos itens B1 e B4, enfatizando que a contabilização pelo método de aquisição não se aplica a combinações de negócios em que as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, de forma não transitória, antes e depois das operações societárias, e dissipa quaisquer dúvidas quanto a possíveis repercussões que a existência de acionistas minoritários pudesse ter na aplicação do método de aquisição quando destaca que a proporção de minoritários, seja ela qual for, é irrelevante para determinar se a combinação envolve entidades sob controle comum.

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 consequentemente 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.

A Recorrente, por sua vez, alega que tal pronunciamento não determina que a operação seja realizada pelo método de custo, como determinado pela fiscalização, sendo de o método de aquisição deveria ser utilizado tendo em vista a substância econômica da transação. Sendo assim, a adoção do método de custo, na hipótese dos autos, resultaria na redução patrimonial da adquirente sem que este reflita a de forma precisa a realidade da transação.

Nesse ponto, interessante observar que, embora os conceitos contábeis não tenham sido adotados pela lei tributária, as próprias regulamentações contábeis são omissas quanto ao tema, como esclarecem os professores NELSON CARVALHO e FERNANDO MURCIA no parecer juntado aos autos. Vejamos:

Mister salientar o conceito de controle neste novo ordenamento contábil. De acordo com o CPC 36 (IFRS 10)³, uma entidade controla a investida quando está exposta a, ou em direitos sobre, retornos variáveis decorrentes de seu envolvimento com a investida e tem a capacidade de afetar esses retornos por meio de seu poder sobre a investida.

Assim, as combinações de negócios entre entidades que possuem a mesma controladora não são abordadas ou discutidas no Pronunciamento CPC 15.

Acontece que **não existe no ordenamento contábil brasileiro – e tampouco no âmbito das normas internacionais (IFRSs) – outra norma que trate do assunto. Em outras palavras, o assunto “combinação de negócios sob controle comum” ainda não se encontra disciplinado contabilmente.**

Atualmente o *International Accounting Standards Board* (IASB) – órgão internacional com sede em Londres responsável por emitir as normas contábeis internacionais – está desenvolvendo um Projeto intitulado “*Business Combinations under Common Control (BCUCC)*” cujo objetivo é justamente disciplinar contabilmente o tema. (fls 1437 – grifos no original)

Diante dessa lacuna, questiona-se: quais os requisitos devem ser analisados para o lançamento de uma incorporação de ações com a presença de acionistas minoritários? Para tanto, os professores alegam que os critérios gerais de contabilização estão previstos no CPC 23 e concluem que:

Assim, resumizando os requisitos previstos nos itens 10, 11 e 12 do CPC 23, conclui-se que:

- Na ausência de norma específica para uma transação, **a administração da empresa deverá exercer seu julgamento para o desenvolvimento de uma nova política contábil;**
- Essa **nova política contábil** deverá resultar em informação que seja **confiável, relevante**, de modo a refletir a **essência econômica da transação**, gerando uma adequada representação da situação patrimonial, financeira e econômica da entidade;
- Nesse julgamento, a entidade deverá considerar as **seguintes fontes** de maneira decrescente: **a) requisitos e orientações de Pronunciamentos que tratem de assuntos similares e b) os conceitos, definições e critérios previstos na Estrutura Conceitual;**
- **A entidade também poderá se utilizar de um tratamento contábil previsto por outros normatizadores e pela literatura contábil, desde que tal tratamento não entre em conflito com Pronunciamentos Técnicos do CPC (IFRS), incluindo sua Estrutura Conceitual.** (grifos no original)

Logo em seguida, concluem os professores que, na existência de acionistas minoritários, como na hipótese dos autos, não só é correta como desejável a aplicação do método de aquisição, uma vez que reflete a natureza econômica da transação e é fundamental para produzir informação relevante aos acionistas e credores da companhia:

A política contábil a ser desenvolvida por uma companhia – para registro das combinações de negócio sob controle comum – deve ser aquela que produza a informação mais relevante aos acionistas e credores da companhia, auxiliando-os na tomada de decisão econômica. Caso tal política não atenda seu propósito, não estará em conformidade com a Estrutura Conceitual da Contabilidade e com o próprio objetivo de “ser”, de “existir” da ciência contábil.

Adotar o método de custo seria reconhecer que a operação não tem substância econômica, sob o ponto de vista contábil e é exatamente isso que a recorrente está contestando. O ágio tem substância econômica, do contrário, não haveria sentido que os acionistas minoritários que são parte independentes aceitassem a transação.

Assim, a (i) existência de percentual (%) significativo de acionistas minoritários na base acionária e (ii) a participação destes minoritários na fixação do preço da transação e na aprovação da compra, são dois elementos a serem avaliados em uma combinação de negócios sob controle comum. Isto porque tais elementos conferem substância econômica à transação. (fls. 1450 – grifos no original)

Ou seja, sob uma perspectiva material, muito embora o CPC 15 estabeleça que não tem por escopo reger as operações realizadas por entidades sob controle comum, a norma não determina que essas operações sejam realizadas pelo seu valor contábil, tampouco proíbe a aplicação dos seus métodos e critérios na hipótese de transações que, em sua substância, sejam caracterizadas como uma verdadeira combinação de negócios.

2.5) DA SUBSTÂNCIA DA OPERAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA SOCIETÁRIO – OFÍCIO – CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 1/2007

-

Da mesma forma que no tópico anterior, embora não exista adoção do conceito contábil do ágio, é importante analisar a questão do ponto de vista societário, uma vez que uma das razões de decidir apontada pelo trabalho fiscal foi a vedação constante do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 1/2007, que veda a geração artificial de ágio em reestruturação societária de grupos econômicos. Confira-se:

Por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, as mencionadas superintendências desse importante órgão regulador e fiscalizador se manifestaram contrariamente à geração artificial de ágio interno em operações de reestruturação societária, especialmente incorporação de ações a valor de mercado de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico, *in verbis*:

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. (grifo nosso)

Pela leitura do trecho do Ofício transcrito no TVF verifica-se que ele trata das operações de geração de ágio interno artificiais, ou seja, aquelas em que não haveria uma transação sob a qual pudesse se apurar o valor de mercado em virtude da participação de terceiros.

Como já exposto no decorrer desse voto, tais operações se diferenciam da situações dos autos onde empresas de capital aberto negociam a incorporação de ações com os acionistas minoritários. Em situações como essa, a própria CVM reconhece a legitimidade da aplicação do método de aquisição.

Com efeito, o colegiado da autarquia se pronunciou sobre o assunto no Processo Administrativo CVM 2010/16.655 da sessão de 22 de março de 2011, que teve como recorrente a Mahle Metal Leve S.A. Esta adquiriu 100% da participação societária da Mahle Participações Ltda.com ágio. Tanto a Mahle Metal Leve S.A como a Mahle Participações Ltda. Eram controladas da *Mahle Industriebeteiligungen GmbH*, sendo a última uma subsidiária integral. Nesse ponto, merece transcrição o seguinte trecho do voto do Relator OTÁVIO YAZBEK:

"5. Um outro ponto que me parece necessário explorar está relacionado à caracterização de "parte relacionada" no presente caso. Entendo que, pela definição do Pronunciamento Técnico CPC 05, a partir do momento em que a deliberação foi tomada pelos minoritários, que, aliás, mais do que apenas legitimar a operação, teriam participado do processo negocial, não se pode dizer que se trata de uma negociação entre partes relacionadas. Os minoritários são, nesse sentido, terceiros em relação ao grupo societário em si e deliberariam em prol de um interesse econômico próprio.

Interesse que, como se viu no item anterior, efetivamente existe na Recorrente.

6. Assim, pelos motivos acima, seja porque existe ganho patrimonial na Recorrente, que não se pode deixar de reconhecer, seja porque as partes que deliberaram a operação não podem ser caracterizadas como "relacionadas" nos termos do Pronunciamento Técnico CPC 05, **voto pela aplicação do Pronunciamento Técnico CPC 15** e para que se dê provimento ao recurso apresentado, reconhecendo-se, para a Mahle Metal Leve S.A, a possibilidade de reconhecimento de ágio decorrente da incorporação da Mahle Participações Ltda.”

Portanto, o regulador do mercado de capitais brasileiro também admite a aplicação do método de aquisição nas combinações de negócios sob controle comum desde que a transação possua substância econômica, que pode ser verificada, dentre outros elementos, pela presença e participação de acionistas minoritários na transação.

Além disso, é importante observar que operações como a discutida nesses autos estão sujeitas à supervisão por parte da autarquia. Isso porque, como destaca MARCELO TRINDADE, em parecer juntado aos autos, nos anos em que ocorreram as deliberações e a contabilização relativas à Incorporação de Ações, objeto da autuação, a CVM havia incluído entre suas prioridades o exame das demonstrações financeiras para verificação de sua aderência aos pronunciamentos emanados do CPC's e a verificação das operações societárias de incorporação de companhias relevantes em que estivessem envolvidas partes relacionadas. Concluiu o parecerista que:

De fato, entre o anúncio da Incorporação de Ações, em final de dezembro de 2010, e início do segundo semestre de 2012 – e, portanto, depois não apenas da divulgação e aprovação das demonstrações financeiras da Companhia relativas a 2011, como das demonstrações do primeiro trimestre de 2012 – a CVM analisou detidamente as operações em três oportunidades, e em todas elas concluiu pela inexistência de indícios de irregularidades, o que constitui evidência eloquente do conforto da CVM com a reorganização societária.

(...)

Tudo isso indica que a CVM examinou a fundo a Incorporação de Ações e sua contabilização e, ao contrário da Autuação, não a considerou indevida, à luz da legislação e regulamentação contábeis brasileira.

E a maior evidência desse fato é que, tendo o tratamento contábil da Incorporação de Ações sido refletido nas demonstrações financeiras do segundo trimestre de 2011, divulgadas em 27 de julho de 2011, e a partir daí sucessivamente em todas as demonstrações posteriores daquele exercício e nas comparadas no exercício de 2012, a CVM (i) não determinou a republicação de nenhuma daquelas demonstrações financeiras e (ii) não iniciou processo sancionador contra os administradores que elaboraram aquelas demonstrações financeiras, tendo deixado fluir *in albis* o prazo prescricional de 5 (cinco) anos estabelecido pelo art. 1º da 9.873 de 1999.

Finalmente, ponto relevante para demonstrar que a operação ocorreu em condições *arm's length* é evidenciado pelo fato da operação ter sido efetuada por comitês independentes. Nas operações que são inadmitidas pelo CARF e pelos órgãos como a CVM, não se reconhece o ágio porque delas não advém nenhuma alteração patrimonial.

No caso da incorporação de ações analisada do presente processo foram formados comitês independentes em ambas as companhias envolvidas na incorporação de ações para

negociar os termos da transação. Pode-se dizer que as negociações havidas entre os Comitês, relatadas nas respectivas atas de reuniões, efetivamente configuraram discussões entre dois polos na defesa dos interesses que lhe cabiam defender.

Como destacam ARNOLD WALD, LUIZA RAGEL MORAES e IVO WAISBERG *“o comitê especial independente tem a finalidade de tratar com total imparcialidade das questões relacionadas à operação, zelando para que, efetivamente, o negócio seja equitativo para as empresas envolvidas.*

O próprio TVF reconhece que as atas dos comitês independentes *“registram discussões e negociações quase exclusivamente acerca da relação de substituição de ações a ser adotada na operação de incorporação de ações, tomando por referência os diversos laudos de avaliação produzidos.*

Por isso, como bem destaca o parecer, não faz sentido a afirmação do TVF de que *“o minoritário sairia prejudicado se e somente se a relação de troca fosse lesiva aos seus interesses de modo que, sendo justa a relação de troca estipulada, não há prejuízo aos minoritários com a superestimação simultânea dos patrimônios das empresas envolvidas na operação de incorporação de ações”*. Isso porque, como bem destaca MARCELO TRINDADE:

“essa afirmação ignora que a relação de troca é fruto das avaliações, e não o contrário. Não há qualquer elemento que indique que a avaliação realizada pelo assessor financeiro do Comitê da Companhia tenha valorizado ambas as companhias em múltiplos do valor resultante da avaliação procedida pelo avaliador contratado pelo Comitê da Vivo – ou vice-versa –, e que apenas as relações de troca tenham coincidido.

Bem ao contrário, o que se passa normalmente é que, trabalhando com base em dados públicos, os avaliadores terminam por encontrar valores semelhantes para ambas as avaliações por fluxo de caixa descontado, e dessa coincidência é que decorre, na prática, a possibilidade de encontrar-se um ponto comum médio que viabiliza a transação.

(...)

No caso em análise, considerando-se que o controle isolado da Vivo havia sido adquirido pouco antes pela controladora comum das companhias, por valor superior àquele que resultou da avaliação por fluxo de caixa, resta ainda mais claro que as avaliações por fluxo de caixa descontado não se desgarraram da realidade, confirmando a acuidade dos trabalhos dos avaliadores contratados pelos Comitês Independentes.

Por todo exposto, é possível concluir que tanto sob o ponto de vista contábil quanto sob o ponto de vista societário, as exposições trazidas no TVF não dão conta da realidade tratada nos autos. É necessário aqui que se faça o que, na lógica dos precedentes, é denominado *distinguish*.

A simulação em sentido mais amplo que vem sendo adotada por este conselho visa analisar a causa das operações e, deixa portanto, de focar na vontade das partes e na configuração formal do negócio. Em outras palavras, é imprescindível que a negócio formalizado efetivamente coincida com seus efeitos concretos. Daí a importância da análise feita nos tópicos anteriores.

2.6) DA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO GANHO DE CAPITAL NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Por fim, é importante analisar a alegação constante do TVF (fls. 1048) de que “*o intuito de se aproveitar das vantagens tributárias indevidas, advindas da geração artificial desse ágio interno, na forma das bases impositivas 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, conforme se depreende do esclarecimento prestado pelo sujeito passivo.*”

A Recorrente reconhece a ausência de recolhimento nos seguintes termos:

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

Ocorre que ausência de recolhimento do imposto na operação de incorporação de ações não é condição para validade do ágio. Ademais, a incidência do IR sobre o ganho de capital decorrente da incorporação de ações ainda é matéria controversa no âmbito da jurisprudência do CARF.

Além disso, cumpre ressaltar que, à época em que foi efetuada a operação (2010/2011), a Câmara Superior de Recursos Fiscal tinha decisão favorável à não incidência do imposto de renda sobre ganho de capital decorrente da incorporação de ações, conforme se verifica pela ementa do acórdão nº 9202.003-579 abaixo transcrita:

IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.

Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço.

Verifica-se, portanto, que não se trata de simples não recolhimento, mas de operação cujo não recolhimento era, à época, reconhecido pelo próprio CARF. Além disso, caso se concluísse pela incidência do IR na incorporação de ações, a atuação deveria ter autuado a omissão de receita decorrente do ganho de capital e não o ágio.

Como a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio o resultado do recurso voluntário é extensivo à elas.

3) DO RECURSO DE OFÍCIO.

A decisão recorrida deu parcial provimento à impugnação apresentada pela recorrente para reduzir o percentual da multa de 150% para 75%, nos seguintes termos:

Na medida em se trata de recrudescimento na aplicação de uma sanção, surge a necessidade de se buscar, na conduta que se avalia, elemento subjetivo diferenciado que justifique tal “sobre-apenamento”. A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. Portanto, é razoável supor que a qualificação da multa revista-se da natureza de excepcionalidade. Se da interpretação de tais hipóteses agravantes resulta uma situação reconhecidamente recorrente, ou seja, presente na maioria das situações em que se aplica a sanção, então a qualificação da multa perde a natureza de excepcionalidade, convertendo-se em regra. Ao se identificar o dolo previsto na legislação fiscal como a mera vontade de se obter o resultado, ocorre exatamente essa ampliação, a qual inverte o entendimento quanto ao caráter excepcional da multa qualificada – metamorfoseando-a em regra.

Para que se evite tal inversão, exige-se uma interpretação mais restritiva de conduta dolosa, que pode ser obtida ao adicionar-lhe – ademais da vontade de se obter o resultado – o claro intuito de enganar/iludir, que vem necessariamente acompanhada da consciência da reprovabilidade da conduta, ou em outras palavras, o evidente intuito de fraude.

Sob esse conceito mais restrito, exigem-se elementos que comprovem não apenas que a ação do contribuinte estivesse direcionada à obtenção de um resultado específico (redução no pagamento de tributos), mas que, ademais, estivesse presente a intenção e consciência de se ludibriar e prejudicar terceiro interessado no evento (no caso, o fisco federal).

Assim, tendo por pressuposto que a conduta dolosa é devidamente caracterizada por esses dois elementos (vontade de se obter o resultado e intenção de enganar/ludibriar), constata-se que, no caso em tela, a consciência quanto à subsunção ao tipo legal não foi caracterizada pela autoridade lançadora. O contribuinte, por seu turno, insiste na legalidade de todas as operações, fundamentando sua convicção tanto nos dispositivos legais, que entende suportar os atos praticados, quanto em jurisprudência e doutrina.

Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, 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 da impugnação em relação à qualificação da multa de todas as infrações relativas a ágio, mantendo-a no percentual de 75%.

Correta, nesse ponto, a decisão recorrida. Isso porque o eventual erro quanto à matéria jurídica não se confunde com a fraude elemento essencial do tipo penal. Nesse sentido, valiosa a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 72.584-8:

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ICMS - ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS - CREDITAMENTO- FRAUDE. A fraude pressupõe a vontade livre e consciente. Longe fica de configurá-la, tal como tipificada no inciso II do art. 1º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o lançamento de crédito, considerada a diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem. Descabe confundir interpretação errônea de normas tributárias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que se presume o consentimento viciado e objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito.

Esclarecedor o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio

"conforme salientado pelo Juízo, ao proferir sentença absolutória, passou-se ao fisco a informação de que o creditamento resultava da diferença de alíquota, isso mediante lançamento claro e preciso, nas respectivas guias. Como, então, falar em fraude? O que houve foi impropriedade da interpretação conferida à legislação tributária, e isso pode acontecer, sem configuração de crime, na vida de qualquer contribuinte e, também, no atuar da própria Fazenda, o que, aliás, é repetitivo.

A "informação falsa" que justifica a imputação da penalidade qualificada de 150% está relacionada a ocultação de fato e não questionamento sobre o seu significado jurídico. Essa distinção fundamental fica mais clara com os exemplos fornecidos por HUGO DE BRITO MACHADO em sua obra "Estudos de Direito Penal Tributário". Vejamos:

Primeiro exemplo: dizer que ocorreu ou não ocorreu, um acréscimo patrimonial, em determinada empresa, é uma questão *de fato*. Dizer que esse acréscimo patrimonial está, ou que não está, determinado de acordo com a legislação tributária é uma questão *de direito*, como é também uma questão *de direito* saber se o dito acréscimo patrimonial é, ou não é, tributável pelo imposto de renda.

Segundo exemplo: dizer que determinado produto industrializado tem determinadas características materiais, ou que não as tem, é uma questão *de fato*. Dizer que o mesmo produto está classificado nesta ou naquela posição da Tabela de Incidências do IPI é uma questão *de direito*.

(...)

Muitos outros exemplos podem ser citados. Importante, porém, é perceber que, nas questões de fato, a divergência não se estabelece a respeito do significado jurídico dos fatos, mas sobre os próprios fatos, nos aspectos perceptíveis independentemente de conhecimento jurídico.

Dessa forma, para que se pudesse falar em "informação falsa" seria necessário demonstrar, por exemplo, que os contratos eram falsos ou que a operação era fictícia. A divergência quanto à qualificação jurídica da operação, por si só, não justifica a imputação da multa qualificada, motivo pelo qual, deve ser negado provimento ao recurso de ofício.

4) CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário e nego provimento ao recurso de ofício.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio