



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

**Processo n°** 16561.720145/2013-38  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-001.817 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 06 de abril de 2016  
**Matéria** IRPJ/CSLL - Amortização de ágio  
**Recorrente** TELEFÔNICA BRASIL S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

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

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, 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. REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. Não pode repercutir no lucro contábil a amortização de ágio que integra o custo de investimento promovido por outra pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. Existindo investimento com possível pagamento de ágio, a interpretação equivocada do sujeito passivo acerca da possibilidade de sua amortização não é suficiente para a qualificação da penalidade aplicável aos tributos que deixaram de ser recolhidos em razão da amortização daquele valor.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em: 1) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de decadência, votando pelas conclusões o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior e divergindo a Conselheira Talita Pimenta Félix; 2) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário relativamente ao crédito tributário principal e multa, votando pelas conclusões o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado e divergindo os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior e Talita Pimenta Félix, que davam provimento ao recurso voluntário, bem como a Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich, que negava provimento ao recurso voluntário; e 3) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora sobre a multa de ofício, divergindo a Conselheira Talita Pimenta Félix, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (presidente da turma), Alberto Pinto Souza Júnior, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

## Relatório

TELEFÔNICA BRASIL S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília/DF que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 25/11/2013, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 159.837.622,98.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 11971/12060 apresenta a seguinte introdução acerca do trabalho fiscal:

8. *O presente Termo de Verificação Fiscal tem por objeto explicitar a indedutibilidade de encargos de amortização de ágios fundamentados em expectativa de rentabilidade futura, os quais ilegalmente reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do fiscalizado.*

9. *A determinante razão jurídica das glosas ora realizadas se funda na origem intragrupo dos ágios amortizados. Será claramente demonstrado que as operações das quais eles decorreram foram engendradas entre sociedades integrantes do grupo espanhol Telefônica, sob controle comum, direto ou indireto, da Telefônica S/A. Para tanto, serão descritas operações societárias realizadas em **2002, 2006 e 2008**.*

10. *Nesses anos, a TELESP (fiscalizado), a TDBH e a DABR eram sociedades controladas pelo grupo Telefônica, conforme restará cabalmente demonstrado adiante.*

11. *Em **2002**, a operação societária de interesse consiste basicamente na subscrição de capital que a DABR realizou na TDBH (**ambas sociedades sob controle comum**), a partir da qual aquela sociedade se tornou a maior acionista desta companhia. Antes desse aumento de capital, o grupo Telefônica — por meio de suas sociedades — detinha aproximadamente 85% do capital votante da TDBH e 100% do capital da DABR. Em face do aludido aumento de capital, a DABR passou a deter aproximadamente 54% do capital votante da TDBH. Ademais, em decorrência do preço de emissão das ações fixado, a DABR registrou um ágio em relação ao investimento adquirido na TDBH de aproximadamente R\$ 132,2 milhões. [...]*

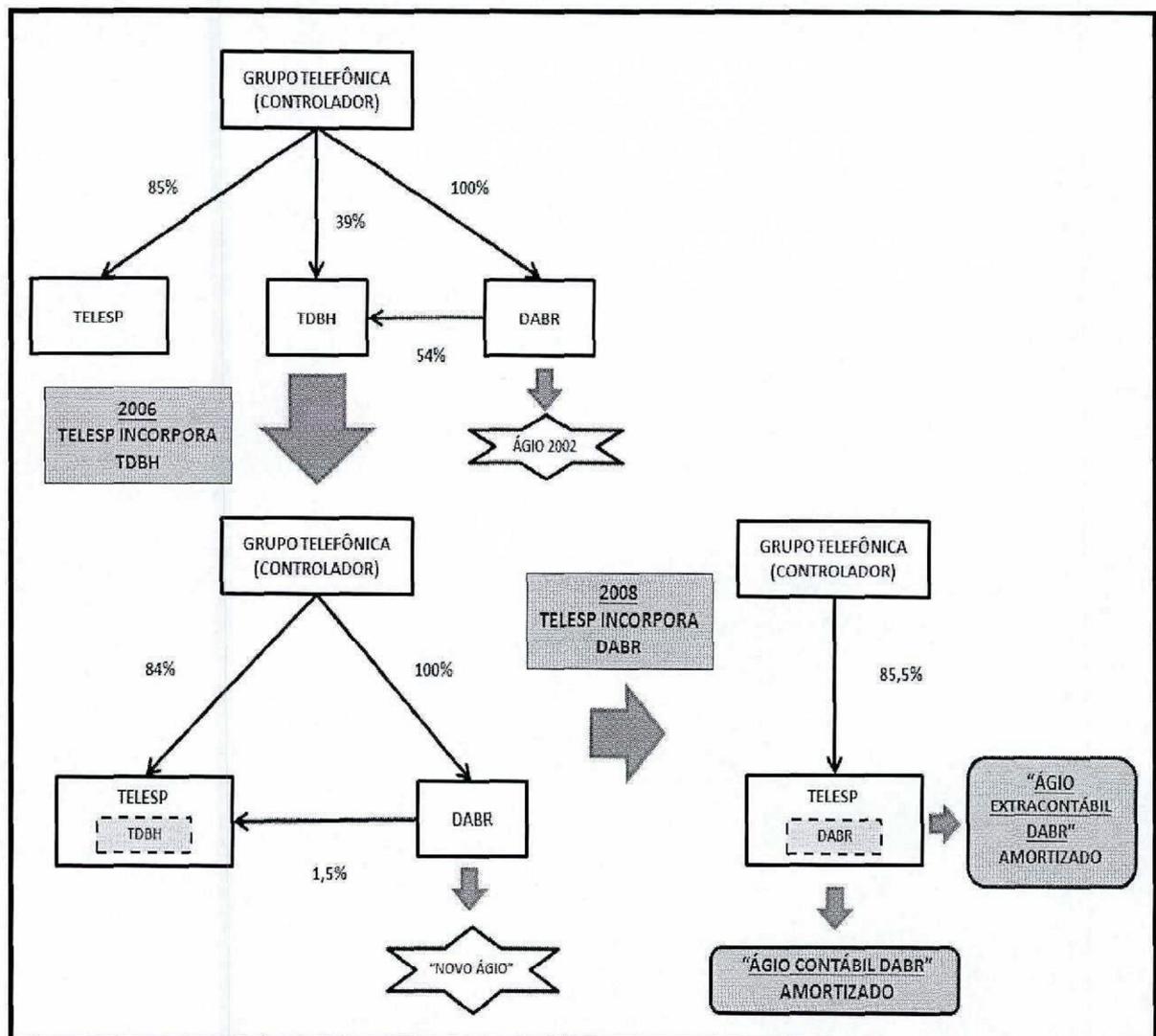
12. *Esse ágio gerado em 2002 passou a ser contabilmente amortizado pela DABR, mas sem qualquer efeito tributário. Essas amortizações contábeis passaram a ser registradas na Parte B do Lalur da DABR, visando a um futuro aproveitamento fiscal.*

13. ***Em 2006**, o grupo detinha aproximadamente 85% do capital votante da TELESP, 39% do capital votante da TDBH e 100% do capital da DABR. Ademais, a DABR ainda detinha aproximadamente os mesmos 54% do capital votante da TDBH adquiridos em 2002. Neste mesmo ano de 2006, a TELESP incorporou a TDBH. Nesta operação, estipulou-se uma relação de substituição de ações, de forma a se determinar a quantidade de ações da incorporadora TELESP a que os então sócios da incorporada TDBH — dentre os quais a DABR - fariam jus. Em função dessa operação realizada entre as aludidas sociedades **sob o mesmo controle**, foi contabilizado na DABR um ágio em relação ao investimento na TELESP. Para o cálculo desse "novo ágio" em 2006, a DABR alocou ao custo das ações da TDBH o saldo contábil não amortizado do já referido ágio gerado em 2002. Este "novo ágio"*

também passou a ser contabilmente amortizado pela DABR, mas sem qualquer efeito fiscal. Tais amortizações contábeis igualmente passaram a ser controladas na Parte B do Lalur da DABR.

14. Já em **2008**, a TELESP incorporou a DABR. Assim, passou a amortizar contábil e tributariamente o saldo não amortizado do ágio incorporado (trata-se do doravante intitulado "**Ágio Contábil DABR**", que alcançou aproximadamente R\$ 185,5 milhões). Ademais, também passou a amortizar tributariamente o saldo do ágio até então controlado na Parte B do Lalur da DABR (tal ágio também será daqui em diante referido como "**Ágio Extracontábil DABR**"), o qual foi transferido para a Parte B de seu próprio Lalur (tal valor alcançava aproximadamente R\$ 58,9 milhões).

15. O demonstrativo a seguir evidencia de maneira bastante resumida as operações societárias de interesse realizadas em 2006 e 2008 (os valores indicados são aproximados e se referem aos percentuais de participação no capital votante das sociedades):



[...]

A autoridade lançadora detalha a origem destes ágios e as operações societárias das quais eles decorreram, indicando as seguintes justificativas identificadas para as operações destacadas:

[...]

21. No curso deste procedimento fiscal, apurou-se que no ano de **2001** a DABR efetuou um aporte de R\$ 495.080.496,97 na TDBH a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC). O item 21 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis do exercício findo em **31/12/2001** da TDBH (Doc. 312) já dava conta de tal AFAC, nos seguintes termos:

**21. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL**

Em 27 de junho de 2001, foi recebido da Telefônica Data do Brasil Ltda. o montante de R\$495.080 a título de adiantamento para futuro aumento de capital.

Esse adiantamento foi aplicado na subscrição de ações na Figueira Administração e Participações S.A., conforme comentado na Nota 14.b.

22. Como se denota do trecho anteriormente transcrito, os recursos do AFAC realizado pela DABR foram empregados pela TDBH para subscrever capital em outra sociedade.

[...]

26. Depreende-se dos documentos antes referidos que efetivamente o AFAC realizado pela DABR em 2001 foi capitalizado na TDBH apenas no ano de **2002**.

27. Visando a explicitar a relação entre as sociedades, o fiscalizado foi intimado a apresentar - por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 24 (Doc. 144) - os quadros societários/acionários da DABR e da TDBH no momento imediatamente anterior e no momento imediatamente posterior à discutida operação de aumento de capital.

[...]

**39. Destarte, resta claramente demonstrado que, na ocasião do significativo aumento de capital da TDBH em 2002, todas as quatro empresas que participavam de seu bloco de controle eram integrantes do grupo espanhol.**

[...]

**43. Portanto, é inafastável concluir que tanto a TDBH quanto a DABR eram sociedades sob controle do grupo espanhol à época do debatido aumento de capital realizado em 2002.**

[...]

**46. Os demonstrativos dos quadros acionários da TDBH com datas-base 31/03/2002 e 30/04/2002 tornam evidente que, após o aumento de capital realizado em 2002, o bloco de controle da companhia — que se antes era composto por quatro sociedades do grupo, após o aumento de capital passou a ser integrado por cinco, com a adesão de mais uma sociedade do conglomerado da Telefônica, qual seja, a PABR - aumentou a sua porcentagem de participação no capital total da empresa de 87,48% para 93,98%.**

47. Importa saber, neste ponto, que em face do preço de emissão da ação fixado (R\$ 0,8573 por lote de mil ações), a DABR registrou em 2002 um ágio de R\$ 132.201.536,30 na operação de aumento de capital da TDBH. Na resposta datada de 30/07/2013 (Doc. 151), o fiscalizado assim demonstrou a apuração deste ágio, ipsis literis:

[...]

**49. Impõe-se ainda ressaltar que o fiscalizado foi explicitamente intimado pelos Termos de Intimação Fiscal nº 24 (Doc. 144) e nº 26 (Doc. 180) a apresentar não apenas o laudo de avaliação que deu suporte a tal ágio registrado na DABR em 2002 mas também a comprovar seu fundamento econômico. A despeito de ter formulado pedidos de prorrogação de prazo para atendimento, o fiscalizado não apresentou tal documentação que tratasse especificamente deste ágio contabilizado no ano de 2002 na DABR em função da aludida operação.**

50. Traçadas as necessárias considerações acerca da operação societária realizada em 2002, a partir da qual a DABR passou a figurar como acionista majoritária da TDBH e de que resultou a contabilização naquela sociedade do mencionado ágio no valor de R\$132.201.536,30, passa-se agora a discorrer detalhadamente sobre as operações societárias que deram ensejo ao registro de um "novo ágio" [mesma terminologia usada pelo fiscalizado na resposta transcrita no parágrafo 74] na DABR em 2006.

**51. Como já salientado, o "novo ágio" registrado na DABR em 2006 foi originalmente contabilizado em decorrência da incorporação da TDBH pelo fiscalizado (então TELESP). Como no momento desta incorporação a DABR era acionista da TDBH (conforme adiante desvendado, a DABR manteve o mesmo percentual de participação na TDBH desde o momento a partir do qual passou a integrar o seu quadro de acionistas), aquela sociedade recebeu ações da TELESP em "troca" das ações que possuía da TDBH e passou a contabilizar um investimento com ágio supostamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da TELESP, haja vista a relação de substituição de ações estipulada.**

52. Preliminarmente, é crucial mencionar que, conforme consta no Protocolo e Justificação de Incorporação da TDBH pela TELESP, datado de 09/03/2006 (Doc. 25), o aumento de capital da incorporadora (TELESP) foi realizado com base em laudo de avaliação a valor contábil da sociedade incorporada (TDBH). Ainda assim, diante da relação de substituição de ações ajustada, a DABR passou a registrar um investimento com ágio na TELESP.

[...]

55. No período que precedeu o surgimento do ágio em comento, a SP Telecomunicações se apresentava como uma holding no Brasil do grupo empresarial espanhol e era utilizada para controlar — direta ou indiretamente — sociedades aqui domiciliadas. O capital social desta holding, tal qual nos idos de 2002, era integralmente detido pela sociedade espanhola Telefônica Internacional (v. parágrafos 34 a 36).

56. Neste momento anterior à incorporação da TDBH pelo fiscalizado, além de controlar outras sociedades, a SP Telecomunicações detinha 99,9999% do capital da DABR (conforme se infere do Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, bem como da 8ª Alteração do Contrato Social da DABR, ambos datados de 08/03/2006 — Docs. 105 e 106, respectivamente -, a SP Telecomunicações adquiriu tal participação na DABR da sociedade estrangeira Telefônica Datacorp), além de 50,61% do capital votante e 21,75% do capital total do fiscalizado.

[...]

58. [...] Conclui-se, pois, que imediatamente antes da incorporação da TDBH pelo fiscalizado, o grupo espanhol detinha, direta ou indiretamente, o percentual de 92,94% [53,90% (DABR) + 39,04% (Telefônica Internacional)] do capital votante e 93,98% [53,66% (DABR) + 40,32% (Telefônica Internacional)] do capital total da TDBH.

**61. O Demonstrativo 6 já bem evidencia uma importante característica das pessoas jurídicas nele realçadas que é fundamental para a presente análise: ao tempo da incorporação da TDBH pelo fiscalizado (2006), todas elas -notadamente a incorporadora (TELESP), a incorporada (TDBH) e a DABR - integravam o grupo econômico Telefônica, porquanto sujeitas, direta ou indiretamente, ao mesmo controlador estrangeiro. A incorporadora, a incorporada e a DABR tinham seus capitais sociais majoritariamente "nas mãos" de sociedades do grupo Telefônica.**

62. Antes de prosseguir na análise societária decorrente da incorporação da TDBH pelo fiscalizado, vale observar que, conforme documentos apresentados, tal operação teria se inserido no contexto da reestruturação das atividades do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e de transporte de dados promovida pelo grupo Telefônica. O resumo das operações societárias engendradas entre as pessoas jurídicas do grupo (dentre as quais a incorporação da TDBH) consta no item 1 do Fato Relevante datado de 09/03/2006 (Doc. 309), in verbis:

#### 1. RESUMO DA OPERAÇÃO

1.1. A operação proposta consiste na reestruturação das atividades de SCM da TELESP e T-EMPRESAS ("**Reestruturação**"), compreendendo: (i) a incorporação da TDBH pela TELESP, sociedades sob controle comum, nos termos dos artigos 227 e 264 da Lei das S.A. ("**Incorporação**"); e (ii) a cisão parcial da T-EMPRESAS, com transferência para a TELESP dos ativos e atividades de SCM nas regiões em que tal serviço já é prestado pela TELESP, nos termos do artigo 229 da Lei das S.A. ("**Cisão**"), nos termos de Protocolo e Justificação de Incorporação da TDBH pela TELESP e de Cisão Parcial da T-EMPRESAS ("**Protocolo**"), firmado nesta data pelos representantes da TELESP, da TDBH e da T-EMPRESAS.

1.2. Aprovada a Reestruturação: (i) a TDBH será extinta; (ii) seus acionistas receberão ações ordinárias, preferenciais ou *American Depositary Shares* ("**ADS**"), conforme o caso, de emissão da TELESP, observada a relação de substituição indicada na Seção 5 abaixo; (iii) a TELESP sucederá a TDBH em todos os seus direitos e obrigações; e (iv) a T-EMPRESAS se tornará subsidiária integral da TELESP, com os ativos e atividades de SCM nas regiões em que tal serviço não é prestado pela TELESP, bem como com os ativos e atividades de TI e *data center* de sua propriedade.

63. Já as justificativas para a realização das mencionadas operações arquitetadas entre as sociedades do grupo Telefônica constam no item 2 do referido Fato Relevante datado de 09/03/2006, a seguir literalmente reproduzido:

#### 2. JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO

2.1 A TDBH é uma sociedade holding cujo principal ativo é a participação de 100% no capital social da T-EMPRESAS, operadora de SCM em todo o território nacional.

2.2 A TELESP, além de prestar Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), é também prestadora de SCM nos setores 31, 32 e 34 da Região III do Anexo II do Plano Geral de Outorgas (Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998).

2.3 A TELESP detém ainda uma subsidiária integral, a A. TELECOM S.A., sociedade por ações com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua do Rocio nº 291, 2º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.498.897/0001-13, com seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP sob o NIRE 35.3.0017438.1 ("A. TELECOM"), que, por sua vez, presta SCM em todo território nacional, exceto nos setores 31, 32 e 34 da Região III do Anexo II do Plano Geral de Outorgas (onde a exploração do SCM é realizada diretamente pela TELESP).

2.4 A TDBH foi criada em janeiro de 2001 como resultado da cisão parcial da TELESP. Na ocasião, com base em pareceres de consultores externos, a administração da TELESP entendeu que seria no melhor interesse da empresa segregar os ativos referentes à prestação de serviços de Rede Comutada por Pacote, com a transferência da totalidade das ações da T-EMPRESAS para a então recém-criada TDBH.

2.5 Passados cinco anos, as administrações da TELESP e da TDBH entendem que a segregação da T-EMPRESAS atingiu os objetivos esperados, a saber: (i) consolidação dos serviços de SCM no segmento "grandes empresas", tanto quanto à especialidade técnica como à carteira de clientes; e (ii) efetivação de investimentos específicos que permitiram um crescimento significativo da T-EMPRESAS. Neste momento, no entanto, entendem as administrações da TELESP e da TDBH que o aumento considerável da competitividade nesse mercado, atualmente dominado por empresas ligadas diretamente a empresas de comunicações vinculadas a grandes grupos nacionais e estrangeiros, e os custos transacionais e oportunidades de junção de especialidades para atender à tendência de convergência tecnológica e ao desenvolvimento de novos produtos, ensejam novas condições e projeções para o segmento econômico em que atuam as Companhias, as quais justificam e corroboram a decisão de incorporação das suas operações.

2.6 Com a Incorporação da TDBH pela TELESP, a T-EMPRESAS passará a ser uma subsidiária integral da TELESP, do mesmo modo que a A. TELECOM. Ato contínuo, através da Cisão, deverão ser transferidos da T-EMPRESAS para a TELESP os ativos e atividades de SCM nos setores 31, 32 e 34 da Região III do Anexo II do Plano Geral de Outorgas, como forma de concentrar na TELESP as atividades de SCM nessas áreas.

2.7 Em seguida, pretende-se promover a incorporação da A. TELECOM pela T-EMPRESAS, ou vice-versa, como forma de concentrar, em uma única subsidiária da TELESP, a exploração das atividades de SCM na parcela remanescente do território nacional.

2.8. As administrações das Companhias aprovaram as propostas de Incorporação e de Cisão, nos termos do Protocolo, por entenderem que a Reestruturação resultará nos seguintes benefícios para as Companhias e seus respectivos acionistas:

(a) Maior eficiência administrativa, comercial, operacional, fiscal e financeira no que se refere às operações de transmissão de dados desenvolvidas pela T-EMPRESAS, pela A. TELECOM e pela TELESP;

(b) Aumento de liquidez das ações, principalmente para os acionistas da TDBH, mas também para os acionistas da TELESP; e

(c) Redução de custos com a concentração das atividades de todas as empresas sob apenas uma companhia aberta, a TELESP.

[...]

69. Já no ano de **2008**, o grupo passou por nova reestruturação envolvendo empresas do grupo. O fragmento a seguir transcrito do Fato Relevante datado de 21/10/2008 (Doc. 308) resume as operações empreendidas em relação à DABR:

1ª Etapa: A DABR será incorporada pela TELESP, sendo extinta a sociedade e a totalidade de suas quotas em virtude de tal operação. As ações do capital da TELESP ora de propriedade da DABR, no ato da incorporação, serão diretamente atribuídas ao quotista controlador, SP Telecomunicações Participações Ltda ficando mantidos os mesmos direitos das ações de emissão da TELESP, ora em circulação A DABR possui dentre seu acervo líquido o registro de ágio decorrente das ações recebidas da TELESP, no valor de R\$ 185.511.658,82 (cento e oitenta e cinco milhões, quinhentos e onze mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e oitenta e dois centavos). Nos termos do artigo 7º da Lei 9.532/1997, em decorrência da incorporação da DABR, a amortização do ágio resultará em um benefício fiscal para TELESP, no valor de RS 63.073.964,00 (sessenta e três milhões, setenta e três mil e novecentos e sessenta e quatro reais). Por sua vez, nos termos do artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999 e alterações posteriores, o montante equivalente ao benefício fiscal do ágio será contabilizado no Patrimônio Líquido da TELESP, em conta de Reserva Especial de Ágio. Na medida da amortização do ágio acima citado, e conforme permite o artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999, a parcela da Reserva Especial de Ágio correspondente ao benefício fiscal que a TELESP auferirá, será objeto de capitalização em proveito do acionista controlador da Companhia - SP Telecomunicações Participações Ltda. - em futuros aumentos de capital da TELESP, quando será devidamente assegurado aos demais acionistas o direito de preferência para subscrição dos referidos aumentos de capital, e se for o caso,

as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador. Nos termos do § 3º do artigo 7º, a capitalização da parcela da Reserva Especial de Ágio, correspondente ao benefício fiscal, será realizada ao término de cada Exercício Social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela TELESP. O ágio registrado no acervo da DABR possui fundamento econômico na perspectiva de rentabilidade futura. A TELESP poderá obter vantagem econômica do ágio referido, na medida em que a incorporação da DABR permitirá a transferência do ágio e sua amortização na TELESP, proporcionando o aproveitamento do respectivo crédito tributário que corresponderá a uma efetiva diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social da TELESP, resultando em melhora do fluxo de caixa da Companhia. A operação de incorporação da DABR e a amortização do ágio a ser registrado em conta de ativo diferido da TELESP, será estruturada de forma a evitar a transferência de qualquer endividamento à TELESP, bem como de forma a evitar qualquer impacto negativo nos resultados futuros da Companhia. A TELESP absorverá demais itens que compõem o acervo líquido da DABR, resultando em aumento de capital no valor de R\$ 281.894,93 (duzentos e oitenta e um mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), sem emissão de novas ações pela TELESP, resultando portanto em ganho na valoração das ações de todos os seus atuais acionistas.

70. *As justificativas para a reestruturação constam no Protocolo de Incorporação e Instrumento de justificação, firmado entre a DABR e o fiscalizado em 17/10/2008 (Doc. 24):*

#### 1. JUSTIFICAÇÃO:

A DABR é sociedade holding remanescente da linha de negócios que operou investimentos em sociedades do segmento corporativo de telecomunicações, cujo ativo principal era a participação no capital social da Telefônica Data Brasil Holding S.A., extinta por incorporação pela TELESP em 2006, tendo recebido ações representativas do capital social da TELESP na referida ocasião, em atendimento à relação de troca determinada nos atos societários correspondentes.

A DABR não tem identificados outros investimentos de interesse desde então, de forma que não tem obtido outros resultados na consecução do seu objeto social propriamente, mas apenas gerido recursos em pequeno montante e gerado despesas administrativas para si e seus sócios quotistas.

A DABR possui dentre seu acervo líquido o registro de ágio decorrente das ações recebidas da TELESP, com fundamento econômico na perspectiva de rentabilidade futura, como se descreverá na Cláusula 3 abaixo.

A TELESP poderá oferecer referido contexto operacional, obtendo vantagem econômica do ágio referido, na medida em que a incorporação da DABR permitirá a transferência do ágio e sua amortização na TELESP, proporcionando o aproveitamento do respectivo crédito tributário que corresponderá a uma efetiva diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social da TELESP, resultando em melhora do fluxo de caixa da Companhia.

A operação de incorporação da DABR e a amortização do ágio a ser registrado em conta de ativo diferido da TELESP, será estruturada de forma a evitar a transferência de qualquer endividamento à TELESP, bem como de forma a evitar qualquer impacto negativo nos resultados futuros da Companhia.

A TELESP absorverá demais itens que compõem o acervo líquido da DABR ocasionando em aumento de capital no valor de R\$ 281.894,93 (duzentos e oitenta e um mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), sem emissão de novas ações pela Telesp, resultando, portanto em ganho na valoração das ações de todos os seus atuais acionistas.

As administrações das Partes entendem, portanto, que a incorporação da DABR, pela TELESP, com a conseqüente extinção da DABR, atende aos interesses das Sociedades e seus acionistas e sócios, conforme o caso, e permitirá potencializar as sinergias mencionadas, racionalizar os riscos inerentes da gestão pelos seus administradores, simplificar a estrutura administrativa e societária, reduzindo custos, mas também

conferindo oportunidade do benefício fiscal e melhoria de fluxo de caixa para a Companhia, conseqüentemente, nos seus acionistas.

[...]

O fiscal autuante prossegue evidenciando a mensuração dos ágios, indicando os atos societários e os esclarecimentos prestados pela fiscalizada que subsidiaram suas constatações, bem como demonstrando as amortizações que afetaram os resultados tributáveis. Na sequência, reportando-se aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e ao art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, a autoridade lançadora discorre sobre a indedutibilidade dos encargos de amortização do ágio intragrupo, abordando, inicialmente, o denominado "Ágio Contábil DABR":

*122. Preliminarmente, convém firmar que, para fim da presente análise, entende-se por "ágio intragrupo" aquele decorrente de uma ou mais operações societárias realizadas entre entidades sujeitas a um mesmo controle, as quais, portanto, não são independentes.*

*123. Como ponto de partida para o presente exame, deve-se atentar aos quadros acionários/societários das sociedades envolvidas nas transações das quais resultou o "novo ágio" registrado na DABR no ano de 2006. Com esse objetivo, reporta-se ao Demonstrativo 6, o qual ilustra graficamente as relações entre as sociedades de interesse, notadamente a TELESP (fiscalizado), a TDBH e a DABR.*

**124. Um acurado exame de tal demonstrativo torna patente que, no momento da incorporação da TDBH pelo fiscalizado no ano de 2006, todas as sociedades de interesse - TDBH (incorporada), fiscalizado (incorporadora) e DABR (sociedade que registrou o ágio) - eram majoritariamente controladas pelo grupo empresarial espanhol (vide idêntica conclusão no parágrafo 61). Indubitavelmente, portanto, apresenta-se como intragrupo o ora discutido ágio registrado na DABR decorrente da incorporação da TDBH pelo fiscalizado.**

[...]

**126. Fica comprovado, pois, que o ágio registrado em 2006 na DABR, apesar de formalmente derivar de transações envolvendo pessoas jurídicas distintas (o que poderia então erroneamente conduzir à precipitada conclusão de que tal intangível decorreu de vontades autônomas de negociantes independentes entre si), materialmente foi resultado de uma única vontade, qual seja, a do controlador comum a todas as entidades que participaram do rearranjo societário. O controlador comum detinha o total domínio não só de implementar a transação, mas também de suas condições e implicações.**

*127. No que diz respeito à sociedade incorporada (TDBH), a preponderância da vontade do controlador fica ainda mais irrefutável ao se examinar a Ata da 5ª Assembleia Geral Extraordinária da TDBH, realizada em 28/04/2006 (Doc. 322), a qual revela a aprovação do Protocolo e de sua incorporação pelo fiscalizado. Como se deduz dos excertos a seguir transcritos da mencionada Ata, a despeito da discordância de acionistas minoritários da TDBH quanto à incorporação da companhia pelo fiscalizado, a incontestável decisão do controlador foi determinante para a sua aprovação*

#### 8. QUESTÕES DE ORDEM:

I- Acionistas representados por Hedging Griffó Corretora de Valores S.A. ("Hedging Griffó") apresentaram "Requerimento para Suspender a Realização da Presente Assembleia Geral Extraordinária", recebido pela Mesa e arquivado na sede da Companhia, com fundamento na não divulgação, pela Companhia, de determinados documentos cuja divulgação, na opinião de tais acionistas, seria necessária à avaliação das matérias propostas. Posta a matéria em votação, a proposta de suspensão da Assembleia Geral foi rejeitada, por maioria, com manifestação de voto por parte dos

acionistas controladores no sentido de que a questão da apresentação dos documentos referidos pela Hedging Griffó foi objeto de processo administrativo junto à CVM, iniciado há mais de 30 dias pela própria Hedging Griffó, que resultou em decisões da Superintendência de Relações com Empresas da CVM: (i) no dia 24.4.2006, que acolheu os argumentos da Companhia, autorizando-a a não divulgar os documentos confidenciais e estratégicos da Companhia solicitados pela Hedging Griffó; e (ii) no dia 26.4.2006, que negou o pedido de suspensão da Assembléia Geral Extraordinária formulado perante a CVM por acionistas representados pela Hedging Griffó.

II- Acionistas representados por Hedging Griffó apresentaram "Requerimento de Desconsideração de Voto Proferido pelos Acionistas Controladores da TDBH", recebido pela Mesa e arquivado na sede da Companhia, sob o fundamento de haver conflito de interesses por serem empresas sob controle comum da TELESP. Posta a matéria em votação, a proposta de desconsideração do voto dos acionistas controladores foi rejeitada, por maioria, com manifestação de voto por parte dos acionistas controladores no sentido de que não há qualquer conflito de interesses, bem como não há benefício exclusivo ao acionista controlador na presente operação. Muito ao contrário, tendo em vista que a porcentagem de ações detidas pelo grupo de controle na Companhia é superior à porcentagem de ações detidas na TELESP, não há qualquer benefício ao controlador, que pretende aceitar a relação de troca proposta pela administração, com base no laudo de avaliação independente, por considerá-la justa e equitativa a todos os acionistas.

III - Os acionistas representados pela Hedging Griffó apresentaram "Protesto" em face da decisão do Presidente da Assembléia Geral Extraordinária no que se refere ao cômputo dos votos dos acionistas controladores da TDBH, que foi recebido pela Mesa e arquivado na sede da Companhia.

**9. DELIBERAÇÕES:** As matérias da Ordem do Dia foram então postas em discussão e votação, tendo sido aprovadas as seguintes deliberações, por maioria dos presentes, que representam mais da metade do capital social com direito a voto, com apresentação das seguintes manifestações de voto em separado: (a) contra: (i) acionistas representados pela Hedging Griffó; (ii) Philips Electronics North América Corporation Master Retirement Fund; (iii) detentores de 8.950.000 ações da Companhia, detidas por meio de ADRs e representados pelo The Bank of New York; (b) abstenção: 150.000 ações da Companhia, detidas por meio de ADRs e representados pelo The Bank of New York; e (c) a favor, em adição aos votos manifestados pelos acionistas controladores: (i) 213.965.050.000 ações da Companhia, detidas por meio de ADRs e representados pelo The Bank of New York; e (ii) 7.229.500.000 ações da Companhia, detidas por meio de ADRs e representados pelo The Bank of New York, Todas as manifestações de voto foram recebidas pela Mesa e arquivadas na sede da Companhia:

I - Foi aprovada e ratificada a nomeação e contratação das seguintes empresas especializadas, encarregadas pelas administrações da Companhia e da TELESP da elaboração das avaliações necessárias à deliberação sobre a Incorporação: (i) Hirashima & Associados Ltda., sociedade limitada, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Flórida nº 1758, conjunto 11, inscrita no CNPJ sob o nº 005.215.691/0001-64, registrada no Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo sob o nº CRC/SP nº 25P022465/O-4 ("Hirashima"), indicada para realização da avaliação contábil do patrimônio líquido da Companhia em 31 de dezembro de 2005 - data-base estabelecida para a Incorporação, que fundamentará o aumento de capital da TELESP decorrente da Incorporação; (ii) NM Rothschild & Sons (Brasil) Ltda., com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima na 2055, 18a andar, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 32.210.791/0001-70 ("Rothschild"), responsável pela análise econômico-financeira da Companhia e da TELESP, para fins de determinação da relação de substituição das ações da Companhia - que serão extintas em decorrência da Incorporação - por novas ações da TELESP; e (iii) KPMG Corporate Finance Ltda., sociedade simples limitada com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Dr. Renato Paes de Barros nº 33, 2º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 48.883.938/0001-23 ("KPMG"), indicada para realização das avaliações dos patrimônios líquidos a preços de mercado da Companhia e da TELESP, segundo os mesmos critérios e na mesma data-base (31 de dezembro de 2005), tomando por base as

demonstrações financeiras auditadas da Companhia e da TELESP, para fins de comparação dos cálculos das relações de substituição das ações da Companhia por ações da TELESP, em atendimento ao disposto no art. 264 da Lei 6.404/76

**II - (1)** Foi aprovado, após examinado e discutido, sem qualquer ressalva, o Laudo de Avaliação ao Valor Contábil para Fins de Incorporação da Companhia, apresentado em 6 de março de 2006 pela Hirashima, que constitui o anexo I ao Protocolo. A avaliação conduzida pela Hirashima foi efetuada pelo critério contábil de apuração do valor do patrimônio líquido da Companhia, tendo como base os elementos constantes do seu balanço patrimonial levantado em 31 de dezembro de 2005, auditado pela Ernst & Young Auditores Independentes S.S. De acordo com o laudo da avaliação contábil, o valor do patrimônio líquido da Companhia a ser incorporado ao acervo líquido da TELESP, em 31 de dezembro de 2005, era de R\$ 597.164.881,58 (quinhentos e noventa e sete milhões, cento e sessenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos). **(2)** Foram aprovados, após examinados e discutidos, os Laudos de Avaliação dos Patrimônios Líquidos a Valor de Mercado da Companhia e da TELESP, apresentados em 6 de março de 2006 pela KPMG, que constituem anexos IV e V ao Protocolo. As avaliações foram realizadas segundo os mesmos critérios e na mesma data-base (31 de dezembro de 2005), tomando por base as demonstrações financeiras auditadas da Companhia e da TELESP, e resultaram, exclusivamente para fins do art. 264 da Lei 6.404/76, na seguinte relação de substituição: (i) 1 (uma) ação ordinária da TELESP para cada grupo de 88.258 (oitenta e oito mil, duzentas e cinquenta e oito) ações ordinárias da Companhia; (ii) 1 (uma) ação preferencial da TELESP para cada grupo de 88.258 (oitenta e oito mil, duzentas e cinquenta e oito) ações preferenciais da Companhia; e (iii) 1 (uma) American Depositary Share ("ADS") da TELESP para cada grupo de 1,76516 ADS da Companhia, tendo em conta que cada ADS da Companhia corresponde a 50.000 (cinquenta mil) ações preferenciais da Companhia. **(3)** Foi aprovado, após examinado e discutido, o Relatório de Avaliação da Companhia e da TELESP, previamente apresentado pelo Rothschild, que constitui o anexo III ao Protocolo, utilizando-se o método de avaliação pelo fluxo de caixa descontado e com fim de dar suporte ao processo de determinação da relação de substituição das ações da Companhia por ações da TELESP, conforme o disposto no art. 31 dos Estatutos Sociais da Companhia e da TELESP. Utilizando o ponto médio da faixa de valores apurada pelo Rothschild, encontra-se a seguinte relação de substituição: (i) 1 (uma) ação ordinária da TELESP para cada grupo de 75.389 (setenta e cinco mil, trezentas e oitenta e nove) ações ordinárias da Companhia; (ii) 1 (uma) ação preferencial da TELESP para cada grupo de 75.389 (setenta e cinco mil, trezentas e oitenta e nove) ações preferenciais da Companhia; e (iii) 1 (uma) ADS da TELESP para cada grupo de 1,50778 ADS da Companhia, tendo em conta que cada ADS da Companhia corresponde a 50.000 (cinquenta mil) ações preferenciais da Companhia. **(4)** O último laudo de avaliação anexo ao Protocolo consiste no Laudo de Avaliação ao Valor Contábil para Fins de Cisão e Incorporação da Telefônica Empresas S.A. ("TEMPRESAS"), apresentado em 6 de março de 2006 pela Hirashima, que deverá ser apreciado pelas assembleias gerais extraordinárias da própria TEMPRESAS e da TELESP. Não obstante, considerando que até o presente momento a TEMPRESAS é uma subsidiária integral da Companhia e não da TELESP, considerando ainda que os acionistas da Companhia deverão se tornar acionistas da TELESP no momento da implementação da Incorporação, e para que não haja dúvida sobre a regularidade de todas as aprovações necessárias à efetivação da cisão parcial da TEMPRESAS, os acionistas da Companhia aprovaram também desde logo o Laudo de Avaliação ao Valor Contábil para Fins de Cisão e Incorporação da TEMPRESAS. No mesmo sentido, os acionistas da Companhia deliberam autorizar a administração da Companhia a votar favoravelmente à operação e conseqüente aprovação do Laudo de Avaliação ao Valor Contábil para Fins de Cisão e Incorporação da TEMPRESAS na Assembleia Geral Extraordinária da TEMPRESAS que deverá ocorrer ainda nesta data.

**III - (i)** Foi aprovado, depois de examinado e discutido, sem qualquer ressalva, o Protocolo, datado de 9 de março de 2006, contendo a finalidade, as bases e demais condições relacionadas à Incorporação, tendo sido elaborado conforme o disposto nos artigos 224, 225, 227, 229 e 264 da Lei 6.404/76 e na Instrução CVM 319/99, documento este que, apresentado pelo Secretário da Mesa e examinado pelos presentes,

fica fazendo parte integrante da presente ata como **Anexo 2**. Foi aprovada, desta forma, a relação de substituição referida no item II (3) acima e no item 5.4 do Protocolo. Foi esclarecido que a relação de substituição entre as ações da Companhia e da TELESP é considerada equitativa aos acionistas das duas empresas, uma vez que foi determinada dentro dos valores das respectivas empresas, com base nas análises financeiras preparadas pelo Rothschild, uma instituição financeira independente de renome internacional com ampla experiência na elaboração de avaliações econômico-financeiras, que confirmou estar sendo dado tratamento equitativo a todos os acionistas. Nos termos do Protocolo, foi informado que, no caso de os acionistas da Companhia fazerem jus, em virtude da relação de substituição, a uma fração de ação da TELESP, será pago a tais acionistas, *pro rata* às suas respectivas frações, o valor líquido a preços de mercado das frações agrupadas, apurado em leilão (ou leilões, se for o caso), a ser(em) realizado(s) na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA. Referido pagamento aos acionistas da Companhia será efetuado no prazo de até 5 (cinco) dias úteis a contar da data da realização do último leilão. **(2)** Em decorrência das deliberações ora aprovadas, e observado o disposto no item 7.1V acima, foi aprovada a proposta de Incorporação da Companhia pela TELESP e a conseqüente extinção da Companhia, caso a Incorporação seja aprovada pela Assembléia Geral da TELESP que deliberar sobre a Incorporação, que deverá ocorrer nesta data, às 16:00 horas. Ainda nos termos do Protocolo, a TELESP sucederá a Companhia em todos os seus ativos e passivos e os acionistas da Companhia passarão a ser acionistas da TELESP. Os acionistas da Companhia dissidentes da operação de Incorporação terão direito de se retirar da Companhia no prazo de 30 (trinta) dias a partir da publicação da presente ata. As condições de habilitação, os valores de reembolso e a data limite para o exercício do direito de recesso dos acionistas da Companhia dissidentes serão divulgados por meio de Aviso aos Acionistas a ser oportunamente publicado. No mesmo sentido, foi aprovada pelos acionistas da Companhia a proposta de cisão parcial de sua subsidiária integral T EMPRESAS, ficando a administração da Companhia autorizada a aprovar o Protocolo e a cisão parcial da T EMPRESAS na assembléia geral extraordinária da T EMPRESAS que deverá ocorrer ainda nesta data.

*128. Como era de se esperar - uma vez que, como já reiteradamente aqui exaltado, o mesmo bloco controlava tanto a incorporada quanto a incorporadora —, os acionistas da TELESP igualmente aprovaram a incorporação da TDBH, como comprova a Ata da 23ª Assembleia Geral Extraordinária da TELESP, também realizada em 28/04/2006 (Doc. 02).*

**129. Por certo, o "nascimento" do ágio registrado na DABR decorreu de uma única vontade do controlador comum, porquanto este era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam - tanto na sociedade incorporada (TDBH), quanto na incorporadora (TELESP) e na própria DABR - a maioria dos votos nas deliberações sociais das pessoas jurídicas envolvidas. O controlador comum pode, assim, impor não só a incorporação propriamente dita mas também uma série de condições que lhe aprouvesse (notadamente a relação de substituição de ações e a conseqüente geração do ágio registrado na DABR).**

*130. Abstraindo-se de uma preocupação mais rigorosa com o sentido técnico-jurídico dos institutos e visando-se apenas e tão somente a uma melhor compreensão dos fatos sob exame, ilustrativamente, a situação se afigura como se a DABR, ao adquirir a quantidade de ações da TELESP definida em função da relação de substituição de ações estipulada, tivesse "pago" um "preço" superior ao valor patrimonial da participação adquirida. Em outros termos, pode-se compreender que o "pagamento" realizado pela DABR do "preço" fixado se deu por meio da entrega das ações que ela detinha da TDBH, cujo custo — qual seja, o valor patrimonial acrescido do saldo de um ágio surgido em operação também intragrupo realizada no ano de 2002 — era superior ao valor patrimonial das ações adquiridas da TELESP.*

131. A questão a ser discutida gira em torno da legitimidade da fixação desse "preço" que a DABR teria "pago" pelas ações da TELESP, porquanto nele estava incluído o ágio registrado na DABR, em função da aplicação do artigo 385 do RIR/99.

132. O surgimento de um ágio legitimamente adquirido pressupõe a ocorrência de uma negociação de livre iniciativa entre partes interessadas, independentes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre o negócio em um mercado livre. Presume-se, pois, uma relação de comutatividade e de não preponderância entre as partes negociantes. Ainda que diversos fatores possam, influenciar a formação do preço de uma participação, inescapavelmente ele decorre de uma dinâmica de negociação que se esgota na fixação de um ponto de equilíbrio entre intenções opostas: se de um lado aquele que aliena uma participação pretende obter o máximo valor do preço (do qual o ágio é parte componente), de outro, o adquirente visa a minimizar seu dispêndio na aquisição. É exatamente em função dessa convergência de ânimos de partes independentes que negociam livremente, aliada ao fato de existir confiabilidade na determinação e mensuração de um preço pactuado entre partes desvinculadas que possuíam intenções a priori opostas, é que se justifica — no novo proprietário - uma nova base de avaliação para os ativos adquiridos. Isso porque o preço acordado entre um alienante e um adquirente independentes constitui a melhor expressão do valor econômico dos ativos no ato da transação. Por consequência, é seguramente mais confiável a avaliação de que um ágio pago por um terceiro independente e conhecedor do negócio realmente expresse a expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido, o que permite o reconhecimento desse ativo nas demonstrações do novo proprietário.

**133. No caso do ágio intragrupo, em que as partes pretensamente negociantes estão submetidas a um mesmo controlador (ainda que residente no exterior, como no caso em questão, em que a matriz do grupo é sociedade espanhola), os valores da transação, embora na aparência determinados pelas partes, são fixados unicamente por esse controlador (diretamente ou por intermédio de suas controladas). Em verdade, inexistem propriamente partes distintas na negociação, mas sim uma parte única (o controlador), cuja vontade é preponderante e decisiva. Em uma transação entre partes sujeitas a um mesmo controle, não há uma genuína negociação para a fixação de um legítimo preço (e consequentemente de um eventual ágio nele incluído) que exprima o valor da participação negociada. Ele é determinado, em última instância, unicamente pela sociedade controladora, razão pela qual a falta de confiabilidade da mensuração do valor econômico da participação é intransponível (por consequência, o mesmo se pode dizer em relação ao ágio que integra o suposto preço da operação).**

134. Em uma transação intragrupo que tenha por objeto uma participação societária, qualquer laudo e/ou relatório utilizado para fundamentar a avaliação dos investimentos negociados - e consequentemente justificar o preço, nele incluído eventual ágio — será, evidentemente, avalizado por todos os envolvidos (tal qual verificado no caso em questão). Afinal a vontade das partes é determinada pela vontade do controlador comum. Em nenhuma hipótese, a avaliação do investimento apresentada por uma das partes seria contestada pela outra, porquanto inexistente negociação propriamente dita, assim entendida como processo pelo qual as partes se demovem de suas posições iniciais divergentes até um ponto em que um acordo é selado.

135. No caso analisado, as pretensas avaliações econômico-financeiras relativas à TELESP e à TDBH - consubstanciadas no Relatório de Avaliação especificamente elaborado visando à operação de incorporação da TDBH pela TELESP (Doc. 15) - incontestavelmente, seriam aprovadas pelas partes, uma vez que todas estavam sujeitas a um controlador comum. Não houve, portanto, qualquer "validação" das

*alegadas avaliações por um terceiro independente que lhes conferiria confiabilidade. O trecho a seguir transcrito da página 3 do indigitado relatório já deixa patente a inexistência de uma imprescindível legitimação das avaliações por um terceiro independente:*

Como consequência, os resultados determinados nas Avaliações não correspondem necessariamente aos, tampouco devem ser interpretados como representativos dos, valores efetivos de venda de qualquer das Companhias para terceiros pelos quais qualquer das Companhias poderia ser negociada na presente data ou em momento futuro.

*136. É impreterível aqui destacar que exatamente por força da relação entre as avaliações da TELESP e da TDBH consignadas no suscitado Relatório de Avaliação, supostamente empreendidas com base na metodologia do fluxo do caixa descontado, determinou-se a relação de substituição de ações de que decorreu o ágio em pauta (ressalte-se, como já antes mencionado, que ao valor patrimonial das ações da TDBH foi agregado também o saldo contábil do ágio originado do aumento de capital da TDBH em 2002 - ver parágrafos 74, 78 e 85 para fim de determinação do custo total de tal investimento). Isso porque da mencionada relação de substituição estipulou-se um número tal de ações da TELESP que os antigos sócios da TDBH receberiam (no caso, 1 ação da TELESP para cada 75.389 ações da TDBH). Assim, muito embora a incorporação tenha se dado a valor contábil, a relação de substituição, ao determinar qual seria o "preço" pago pela DABR com ações da TDBH por cada ação da TELESP, deu origem ao ágio ora discutido (lembrando que o ágio sob exame decorreu da relação de substituição concernente apenas às ações que a DABR possuía da TDBH, e não a todas as ações da sociedade incorporada).*

*137. Em regra, o critério adotado como base de valor na mensuração contábil de ativos e passivos, em condições normais de continuidade de uma empresa, é o custo histórico. O Conselho Federal de Contabilidade o consagra como princípio contábil, como se extrai da redação original dos artigos 1º e 7º da Resolução CFC nº 750/93 (publicada no Diário Oficial da União de 31/12/1993), então vigente até 02/06/2010, data da publicação no Diário Oficial da União da Resolução CFC nº 1.282/10, que a atualizou e consolidou seus dispositivos (à época do surgimento do ágio intragrupo aqui discutido, vigia a redação original da Resolução CFC nº 750/93):*

[...]

*138. Admitem-se, hoje, exceções ao reconhecimento pelo custo histórico, como prevê o Pronunciamento Conceitual Básico (R1), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), aprovado em 2 de dezembro de 2011, que estabelece os conceitos que fundamentam a elaboração e a apresentação de demonstrações contábeis destinadas a usuários externos. Assim preceitua o seu item 4.56:*

*A base de mensuração mais comumente adotada pelas entidades na elaboração de suas demonstrações contábeis é o custo histórico. Ele é normalmente combinado com outras bases de mensuração. Por exemplo, os estoques são geralmente mantidos pelo menor valor entre o custo e o valor líquido de realização, os títulos e valores mobiliários negociáveis podem em determinadas circunstâncias ser mantidos a valor de mercado e os passivos decorrentes de pensões são mantidos pelo seu valor presente. Ademais, em algumas circunstâncias, determinadas entidades usam a base de custo corrente como resposta à incapacidade de o modelo contábil de custo histórico enfrentar os efeitos das mudanças de preços dos ativos não monetários.*

*139. Cabe notar que nos casos apontados pelo CPC não há desapego ao princípio do custo histórico, mas a ele se agregam outras bases de avaliação, Além dos exemplos citados pelo CPC, excepcionam-se ainda os casos de processos falimentares, nos quais, em decorrência de liquidação forçada, as demonstrações*

*contábeis devem ser elaboradas numa base de mensuração diferente, o que não ocorre na situação examinada.*

*140. Em uma transação intragrupo que tenha por objeto participações societárias, não há justificativa para a mudança de base de avaliação dos investimentos (no caso em questão, como visto, a estipulada relação de substituição de ações decorreu das avaliações econômicas da TDBH e da TELESP, e portanto, o ágio adveio de uma mudança de base de avaliação comparativa das companhias). O suposto "preço" da operação, que não foi fruto de uma legítima validação pelo mercado, mas sim determinado pelo controlador comum, não pode ser adotado como uma confiável avaliação econômica dos investimentos. E dada a absoluta falta de confiabilidade dessas avaliações, as quais não foram submetidas ao crivo de um terceiro independente, não se sustenta a mudança da base de avaliação desses investimentos.*

*141. A teoria contábil, a lei comercial e a lei tributária dão respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre partes não relacionadas entre si. Na situação aqui enfrentada, reitere-se, não se pode invocar a ocorrência de negociação de livre iniciativa entre partes interessadas, independentes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre o negócio em um mercado livre. Assinale-se que um determinado custo só se justifica quando há um dispêndio para se adquirir algo de terceiros independentes. **Economicamente, não há geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo, ou seja, dos acionistas com eles próprios, razão por que o ágio intragrupo carece de possibilidade de reconhecimento.***

*142. É tão sedimentado o entendimento contábil de que o ágio intragrupo fundamentado em rentabilidade futura não se qualifica como ativo que, mesmo hoje, após a profunda modificação por que passou a contabilidade brasileira, o Conselho Federal de Contabilidade, no item 50 da Resolução CFC nº 1.157/09, assim dispôs:*

*50. É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível do ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.*

*143. Como se não bastassem os argumentos já apresentados, o que se admite apenas para efeito de argumentação, sob uma outra ótica, o reconhecimento do ágio intragrupo tampouco se sustenta. Em uma transação entre partes independentes, um ágio legitimamente adquirido gera ao comprador o direito ao fluxo de rentabilidade da participação societária negociada que antes não era devido seja por ele próprio, seja por suas controladas. Assim, em uma genuína transação, o comprador paga um preço por um novo direito a ser incorporado ao seu patrimônio. Visto por outro ângulo, o ágio representa uma antecipação paga por um fluxo futuro que antes não se possuía. Já em transações que dão origem ao ágio intragrupo, não se verifica essa relação de substituição patrimonial, pois o controlador comum já era previamente detentor do fluxo de rentabilidade futura supostamente adquirido, que já seria reconhecido em suas demonstrações por meio de equivalência patrimonial. Portanto, sob a ótica do fluxo de rentabilidade tampouco se justifica o reconhecimento do ágio intragrupo, uma vez que não faz qualquer sentido reconhecer uma antecipação se previamente à operação o comprador já era detentor do direito alegadamente adquirido.*

*144. Haja vista que tanto a TELESP quanto a TDBH, a despeito de sujeitas a um controlador comum, possuíam acionistas minoritários e independentes deste controlador, cabe uma última observação quanto ao ágio em debate. Como já repisado, o ágio registrado na DABR em 2006 decorreu da substituição das ações que tal sociedade possuía da TDBH. Caso fosse passível de reconhecimento - o que*

*peremptoriamente se refuta, como já sobremodo demonstrado —, tal ágio intragrupo supostamente registrado refletiria um custo que teria sido arcado exclusivamente pelo controlador na aquisição de ações da TELESP. Assim, quando da incorporação da DABR pela TELESP em 2008 e na medida em que a amortização do ágio reduzisse a carga tributária da incorporadora, a parcela da reserva especial de ágio poderia ser objeto de capitalização em proveito do controlador. Tal é o que se depreende do artigo 7º da Instrução CVM nº 319/99 e alterações posteriores:*

Art. 7º - O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.

§ 1º Na hipótese prevista no "caput" deste artigo, observado o disposto no art. 170 da Lei nº 6.404/76, será sempre assegurado aos demais acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador.

§ 2º A capitalização da parcela da reserva especial referida no "caput" deste artigo, correspondente ao benefício fiscal, somente poderá ser realizada ao término de cada exercício social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela companhia.

*145. Mas em situações como aqui enfrentada, restaria garantido aos minoritários o direito de efetuar o pagamento ao controlador, de forma que não fossem diluídos em função da capitalização a ser realizada em proveito daquele que, em tese, teria arcado com o pagamento do ágio (controlador). Note-se que tal previsão de pagamento a ser realizado pelos minoritários se encontrava expressa no Fato Relevante de 21/10/2008 (Doc. 308), no qual se discorreu acerca da reestruturação societária envolvendo sociedades do grupo e em cujo item em que é retratada a operação concernente à DABR constam as seguintes informações, in verbis.*

"..Por sua vez, nos termos do artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999 e alterações posteriores, o montante equivalente ao benefício fiscal do ágio será contabilizado no Patrimônio Líquido da TELESP, em conta de Reserva Especial de Ágio. Na medida da amortização do ágio acima citado, e conforme permite o artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999, a parcela da Reserva Especial de Ágio correspondente ao benefício fiscal que a TELESP auferirá, será objeto de capitalização em proveito do acionista controlador da Companhia - SP Telecomunicações Participações Ltda. - em futuros aumentos de capital da TELESP, quando será devidamente assegurado aos demais acionistas o direito de preferência para subscrição dos referidos aumentos de capital, e se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador. Nos termos do § 2º do artigo 7º, a capitalização da parcela da Reserva Especial de Ágio, correspondente ao benefício fiscal, será realizada ao término de cada Exercício Social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela TELESP..."

*146. Apenas para fins de argumentação e de reafirmação da ilicitude da dedutibilidade da amortização do ágio nas circunstâncias ora debatidas, na hipótese de os minoritários efetuarem tal pagamento ao controlador, haveria quem pudesse acolher tal pagamento como uma "validação" ao menos de um percentual do ágio intragrupo, uma vez que, nessa situação, tais minoritários poderiam ser encarados como terceiros independentes que legitimaram o "preço" do investimento adquirido.*

*147. Ainda que esta fiscalização não comungue deste entendimento, por entender que o ágio intragrupo não possa ser validado a posteriori, o fiscalizado foi devidamente intimado a esclarecer e a comprovar se os acionistas não controladores exerceram o direito de preferência para subscrição dos aumentos de capital decorrentes da capitalização da reserva especial de ágio nos vários anos em que foram realizadas amortizações tributárias. Ademais, também foi intimado a*

*apresentar a comprovação dos eventuais pagamentos realizados pelos acionistas não controladores ao controlador, tal qual estabelecido no acima citado Fato Relevante.*

148. *Em sua resposta datada de 22/04/2013 (Doc. 88), a Telefônica prestou os seguintes esclarecimentos à fiscalização:*

Diante dos questionamentos formulados por este D. órgão, cumpre à Notificada informar que não ocorreu a capitalização em proveito do acionista controlador da Companhia - SP Telecomunicações Participações Ltda., bem como, não houve a abertura de direito de preferência para subscrição dos acionistas minoritários.

149. *Em complemento ao questionamento formulado anteriormente pelo Termo de Intimação Fiscal nº 12, o fiscalizado foi intimado, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 15 (Doc. 89), a explicar as razões que justificassem a não capitalização em proveito do controlador, a despeito de terem sido realizadas amortizações do "Ágio Contábil DABR". Em sua resposta datada de 27/05/2013 (Doc. 110), o sujeito passivo assim consignou:*

A Instrução Normativa da CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, no artigo 7º preceitua:

[...]

Desta forma, conforme disposto na Instrução Normativa supra, a capitalização em proveito do controlador, é vista como benefício facultativo, de forma que justifica-se não tê-la realizado até o presente momento.

**150. De qualquer forma, portanto, ainda que se admitisse a possibilidade de ao menos uma parcela do ágio intragrupo poder ser legitimada no caso de os não controladores efetuarem pagamentos ao controlador visando à não diluição, tal circunstância não se verifica na presente situação. Essa contingência societária, apesar de intimamente atrelada à questão da diluição dos minoritários, reforça ainda mais a conclusão não só de que o ágio intragrupo aqui retratado não pode ser reconhecido mas também de que sua amortização tributária deve ser glosada.**

151. *Destarte, admitir que a amortização do ágio intragrupo pudesse reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL significaria impingir um ônus a toda a sociedade brasileira em favor de sócios que se beneficiam tributariamente de uma transação sem substância econômica. A artificialidade do ágio intragrupo se revela particularmente flagrante quando se verifica que, por meio do reconhecimento de um ativo fictício, seria possível a obtenção de um subsídio tributário advindo de sua amortização.*

152. *É defeso à autoridade fiscal imiscuir-se na reorganização de um grupo empresarial. Não lhe é permitido obstaculizar que um conglomerado adote a melhor conformação que lhe aprouver. Respeitados os ditames legais, os agentes econômicos podem livremente organizar os fatores de produção, de modo a promover a produção ou circulação de seus bens e serviços.*

153. *Contudo, impõe-se à administração tributária exigir os pertinentes créditos tributários evadidos em decorrência de manobras não só conjuradas entre entidades sob controle comum mas também cujos objetivos estejam estritamente vinculados a uma ilícita redução da carga fiscal.*

154. *No caso em concreto, não se questiona a reestruturação por que passou o grupo Telefônica. Levando-se em conta as competências legalmente conferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, não se opõe aqui propriamente às operações societárias engendradas. O que se refuta é, do ponto de vista tributário, a licitude dos valores atribuídos a essas operações, uma vez que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL foram vultosa e ilegalmente diminuídas em face de amortizações de um ágio artificialmente gerado em operações intragrupo.*

[...]

156. Assim, impõe-se concluir que o ágio intragrupo é desprovido de requisitos que o habilitem a ser reconhecido como um ativo passível de amortização tributária. Acatar sua dedutibilidade implicaria consentir que uma despesa artificialmente criada pudesse reduzir as bases imponíveis do IRPJ e da CSLL. A ilegitimidade da amortização do ágio intragrupo fica ainda mais patente ao se imaginar que o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e de tempos em tempos, reduzir ou até cessar o pagamento de tributos, bastando, para tanto, arditosamente criar despesas fictícias de amortização de um ágio supostamente decorrente da implantação de mais um "novo modelo organizacional".

157. Por todas as razões expostas, impõe-se realizar o presente lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, procedendo-se à necessária recomposição de suas bases de cálculo com os encargos de amortização do "Ágio Contábil DABR" ilicitamente deduzidos pelo fiscalizado (conforme montantes discriminados no Demonstrativo 17).

A acusação fiscal traz outras considerações acerca do ágio gerado no aumento de capital da TDBH em 2002, observando que seu valor repercutiu na determinação do "novo ágio" registrado na DABR em 2006 e, por consequência, ainda que indiretamente, também reduziu as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do fiscalizado a partir de 2008 por meio de suas amortizações. Reiterando tratar-se de operação intragrupo, a autoridade lançadora acrescenta que:

163. Cabe aqui uma consideração adicional acerca do preço de emissão das ações da TDBH. Em um fragmento de sua resposta datada de 17/09/2013 (Doc. 182), o fiscalizado informa que "A relação de troca da operação de aumento de capital foi realizada a valor de mercado e precificada através da cotação média da TDBH no momento da operação, que refletia o valor da rentabilidade futura a (sic) da sociedade". Note-se que o capital social da TDBH foi aumentado, grosso modo, de R\$ 207 milhões para R\$ 702 milhões (v. parágrafo 25). Diante de um aumento tão expressivo do capital social da companhia, não se pode afirmar que essas ações recém-emitidas seriam realmente "absorvidas" pelo mercado — aqui assumido como aquele composto por investidores independentes e conhecedores do negócio — pelo preço que aquelas até então em circulação alcançavam. Apenas uma "validação efetiva" por um terceiro independente poderia dotar o preço estipulado da necessária confiabilidade que é exigida para um hígido reconhecimento.

**164. É certo, ainda, que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH provieram de sociedade estrangeira do grupo Telefônica e foram dirigidos a uma outra sociedade também do grupo residente no Brasil, como pode ser assim sequencialmente resumido: a) pela 5ª Alteração do Contrato Social da DABR (Doc. 317), datada de 26/06/2001, a Telefônica Datacorp aumentou o capital social da DABR em R\$ 498.112.400,00: => b) Por sua vez, tais recursos foram utilizados pela DABR para realizar o AFAC na TDBH ainda em 2001: => c) o AFAC foi convertido em subscrição de capital em 2002; => d) a DABR reconheceu um ágio de R\$ 132.201.536,30 em função dessa subscrição.**

**165. Note-se, pois, que apenas em função dessa verdadeira "transferência" de recursos de uma empresa para outra do mesmo grupo, foi reconhecido em 2002 na DABR um ágio da ordem de R\$ 132 milhões, que em 2006 compôs o "Ágio Contábil DABR", que por sua vez passou a ser tributariamente amortizado a partir de 2008. É inegável, portanto, que a mera "circulação" dos recursos entre empresas do grupo econômico gerou um deletério e ilegal efeito nos resultados fiscais da Telefônica a partir de 2008.**

[...]

167. A única singularidade da operação aqui examinada que a distingue daquela investigada anteriormente reside no fato de ter ocorrido um suposto desembolso de recursos pelo precitado ágio. Entretanto, o fato de a DABR ter realizado o desembolso de um montante superior ao valor patrimonial das ações adquiridas da TDBH não afasta as considerações antes expendidas acerca da ilicitude da amortização do ágio intragrupo gerado na operação. A existência de eventual pagamento/desembolso para justificar o surgimento de um alegado ágio em uma transação entre partes sujeitas a controle comum não abala a impossibilidade do reconhecimento fiscal do ágio intragrupo daí gerado, tampouco modifica as consequências tributárias advindas de sua posterior e ilícita amortização. A despeito do desembolso realizado, remanesce a inobservância de um requisito fundamental e imprescindível para o reconhecimento do ágio, qual seja, a independência entre as partes da operação, da qual resultaria a confiabilidade de sua mensuração.

168. Admitir que o ágio intragrupo em relação ao qual tivesse ocorrido um suposto pagamento fosse passível de reconhecimento — e que seus encargos de amortização, atendidas as demais condições legais, fossem tributariamente dedutíveis — implicaria acatar que um grupo empresarial detentor de disponibilidade financeira ou que desejasse realocar seus recursos entre as sociedades que o constituem pudesse furtivamente tramar operações entre as próprias pessoas jurídicas do grupo, de forma que daí emergissem "ágios" cujas amortizações reduzissem seus resultados tributáveis. Isso significaria consentir que um grupo econômico pudesse enganosamente "criar" despesas capazes de reduzir as bases impositivas do IRPJ e da CSLL de suas sociedades ao simplesmente transferir recursos de uma de suas empresas para outra (tal qual na situação em comento). Fechar os olhos para isso significaria tolerar, figurativamente, que a saída de dinheiro de um bolso para outro de uma mesma calça implicasse o reconhecimento de um custo que diminuísse a carga tributária de seu dono.

169. Note-se que ainda que os recursos recebidos da DABR tenham sido utilizados pela TDBH para investir em uma outra empresa externa ao grupo, o que aqui se refutam são os efeitos fiscais do suposto ágio gerado na mera transferência desses recursos (por meio de aumento de capital) de uma empresa (DABR) a outra (TDBH) do grupo Telefônica justamente para adquirir o investimento naquela outra sociedade antes consolada por um terceiro independente. Essa "transferência interna" de recursos não pode licitamente gerar um ágio a ser aproveitado para efeitos fiscais por uma sociedade desse grupo investidor.

Subsidiariamente a autoridade lançadora ainda observa que não foi apresentado do laudo de avaliação que daria suporte ao ágio contabilizado em 2002 na DABR e comprovaria seu fundamento econômico. Considerando que seu valor foi levado em conta no cálculo do "novo ágio" registrado em 2006 e, por consequência, na determinação do "Ágio Contábil DABR", restaria desatendido o art. 385, §3º do RIR/99, impedindo sua correspondente amortização fiscal a partir de 2008.

Abordando o denominado "Ágio Extracontábil DABR", adicionado por ocasião das amortizações contábeis registradas pela DABR a partir de 2002 e transferido para a parte B do LALUR da fiscalizada por ocasião da incorporação da DABR, quando esta sociedade foi incorporada, sendo a partir daí submetido a amortização fiscal pela autuada, a Fiscalização aduz:

178. Em face do que já se discorreu tanto acerca do ágio registrado em 2002 na DABR em decorrência do aumento de capital na TDBH quanto sobre o intitulado "novo ágio" gerado em 2006 em função da incorporação da TDBH pela TELESP, mostra-se desnecessário aqui tecer maiores observações quanto à indedutibilidade tributária das amortizações extracontábeis do "Ágio Extracontábil DABR". Haja vista que tal ágio registrado no Lalur é composto de parcelas do ágio gerado em 2002 e do "novo ágio" gerado em 2006, e uma vez que já foram apresentadas todas as razões que justificam a indedutibilidade das amortizações de ambos os ágios, é consequência direta que as amortizações tributárias sob exame tampouco encontram respaldo no ordenamento jurídico (para tanto, remete-se aos subitens 5.1.1 e 5.1.2).

As parcelas glosadas representaram R\$ 12.220.443,40 no ano-calendário 2008 e R\$ 48.881.773,62 nos anos-calendário 2009 a 2012. Os créditos tributários apurados foram acrescidos de multa qualificada no percentual de 150%, na medida em que as operações e circunstâncias destacadas na acusação fiscal denotam a clara intenção do sujeito passivo de ilegalmente "criar despesas" que reduzissem seus resultados fiscais. Manipulando os valores das operações, o grupo Telefônica verdadeiramente reavaliou investimentos e posteriormente se valeu desse artifício para reduzir sua carga tributária por meio de amortizações fiscais. É certo, ainda, que foram compactuadas operações entre pessoas jurídicas do grupo Telefônica, tendo por objetivo a diminuição da carga fiscal.

Além de reiterar as peculiaridades da transferência de recursos promovida em 2002, o agente fiscal destaca que:

**186. Note-se que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH foram inicialmente capitalizados pela Telefônica Datacorp na DABR (v. parágrafo 164). Ora, em sendo a Telefônica Datacorp uma subsidiária integral da Telefônica S/A (v. parágrafo 41) e a DABR uma sociedade cujas quotas eram quase que exclusivamente de propriedade da Telefônica Datacorp (v. parágrafo 40), por qual razão os recursos já não foram diretamente aplicados do exterior na TDBH, ainda que utilizado o mesmo preço de emissão das ações fixado na operação realizada? A explicação convincente que daí se extrai é uma só: se as operações societárias tivessem sido assim planejadas, o suposto ágio teria sido contabilizado em sociedade residente no exterior e não poderia ser tributariamente amortizado no Brasil (a não ser que fosse arquitetada uma outra manobra societária para ilícitamente "internalizá-lo"). Por esta razão manifestamente tributária, os recursos foram inicialmente aplicados em uma pessoa jurídica residente no Brasil (DABR), que em seguida aumentou o capital de uma outra pessoa jurídica residente no Brasil (TDBH), tendo o pretense ágio então sido registrado já no Brasil. Consequentemente, o grupo poderia então desencadear operações visando à (ilegal) redução da carga tributária de sua lucrativa sociedade.**

Observa que o grupo Telefônica decidiu a relação de substituição de ações por ocasião da incorporação da TDBH pela TELESP em 2006, e isto com base em avaliações produzidas por empresas contratada conjuntamente por essas duas sociedades. E aduz que o fiscalizado tinha a perfeita consciência da ilicitude de registro do ágio gerado internamente, porque salvaguardou o direito dos acionistas, preservando o fluxo de dividendos, restando aos demais indivíduos um montante tributário menor do que lhes era devido.

O fiscal autuante reforça a qualificação da penalidade por meio da apresentação cronológica das operações arquitetadas, e conclui que a partir da incorporação de uma companhia que havia sido justamente criada da cisão parcial do próprio fiscalizado

(incorporador), registrou-se um suposto ágio e a partir daí foram desencadeadas operações envolvendo sociedades sob o controle do próprio grupo Telefônica, culminando com a amortização tributária desse ágio.

Impugnando a exigência, a contribuinte arguiu a decadência do direito de o Fisco questionar ágio registrado no ano-calendário 2006; defendeu que a lei autorizava a amortização do ágio mesmo que gerado em operações realizadas entre empresas que estejam sob controle comum; observou que a cada aquisição surge novo ágio, sendo que os valores amortizados estão sustentados por avaliação econômica elaborada por NM Rothschild & Sons (Brasil) Ltda; opôs-se à aplicação do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e às referências ao art. 36 da Lei nº 10.637/2002; invocou o conceito de entidade; e defendeu a legitimidade das operações em razão de suas motivações econômicas e negociais. Questionou, também, os reflexos da amortização do ágio na apuração da CSLL; afirmou indevida a qualificação da penalidade; e classificou de ilegal a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos em acórdão assim ementado:

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

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

**INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTRAGRUPU. INDEDUTIBILIDADE.** Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura apurado em decorrência de aquisição de empresa do mesmo grupo societário.

**DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO** Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

**MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.**

Como os fatos retratados não deixam dúvida da intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, operações intragrupo, reduzir a base de incidência de tributos, cabe manter a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.** É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

**LANÇAMENTO DECORRENTE.**

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejudgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

Cientificada da decisão de primeira instância em 02/07/2014 (fl. 12697), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 31/07/2014 (fls. 12700/12778), no qual assim sintetiza suas conclusões e pedido:

*284. Em face de todas as considerações precedentes, pode-se concluir que a presente autuação deve integralmente cancelada em razão dos seguintes fundamentos:*

*(i) O Auto de Infração tem por objeto período já atingido pela decadência, já que no ano de 2013 não caberia mais às autoridades fiscais requalificar a operação societária realizada em 2006;*

*(ii) Inexistiu a fabricação de riqueza artificial dentro do mesmo grupo econômico considerando, sobretudo, que as operações envolveram: (i) investimento de recursos; (ii) pessoas jurídicas com objetivos, divisões de responsabilidade e de gestão distintas; (iii) acionistas minoritários sem qualquer relação com o Grupo Telefônica; e, ainda, (iv) companhias de capital aberto (TDBH e Telesp) que estavam necessariamente sujeitas às regras da Lei das S/A e da CVM, devendo, portanto, observar as condições de mercado nas operações societárias ocorridas, de modo a preservar os interesses dos seus acionistas; bem como (v) operações economicamente justificadas e documentadas*

*(iii) O ágio amortizado pela Recorrente estava integralmente respaldado no laudo de avaliação elaborado pela NM Rothschild & Sons (Brasil) Ltda., com base na metodologia do fluxo de caixa descontado;*

*(iv) Inexistia à época dos fatos qualquer vedação legal expressa quanto à dedutibilidade de valores de ágios registrados em operações com sociedades do mesmo grupo econômico. Essa restrição apenas adveio com a edição da MP 627, convertida na Lei nº 12.973, que trouxe limitações ao reconhecimento e amortização do chamado "ágio intragrupo", confirmando a inexistência de qualquer base legal para o presente lançamento que viola frontalmente o princípio da legalidade e da tipicidade cerrada;*

*(v) As normas contábeis indicadas pela autoridade lançadora não se aplicam ao caso, como é o caso do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 que diz respeito exclusivamente às operações específicas de "reavaliação espontânea" de sociedades controladas ou coligadas, usuais na vigência do hoje revogado artigo 36 da Lei nº 10.637, dispositivo que também não tem qualquer aplicação ao caso presente;*

*(vi) As pessoas jurídicas são tratadas como entidades autônomas e individualizadas pela legislação fiscal e societária brasileira, gozando de identidade distinta em relação aos seus acionistas, quotistas ou em relação a outras pessoas jurídicas que estejam sob controle comum;*

*(vii) Inexistia dispositivo legal à época dos fatos que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estendesse a essa contribuição às disposições relativas ao IRPJ, motivo pelo qual não há qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a CSLL;*

*(viii) A decisão da DRJ defende o caráter interpretativo da MP 627 e da Lei nº 12.973 e a possibilidade de sua aplicação retroativa, mantendo, no entanto a imposição da multa de ofício em flagrante violação ao artigo 106, inciso I do CTN;*

*(ix) O Auto de Infração aplicou a multa majorada de 150% indevidamente, já que em momento algum se demonstrou a prática de fraude, dolo ou simulação nas operações que foram aprovadas, inclusive, pela ANATEL e pela CVM, órgãos da administração pública federal, sendo todos os atos praticados às claras, exatamente dentro do permitido pela legislação vigente.*

(x) Finalmente, deve ser cancelada a cobrança dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada no Auto de Infração.

285. Nesse sentido, requer-se a esse E. CARF que sejam acolhidas as razões aqui expostas, que levarão à reforma integral da decisão da DRJ ora recorrida e a consequente decretação da improcedência do presente Auto de Infração, extinguindo-se os créditos tributários de IRPJ e de CSLL exigidos e arquivando-se o respectivo processo administrativo.

286. A Recorrente protesta ainda pela posterior juntada de quaisquer documentos e pela sustentação oral do presente recurso, nos termos do Regimento Interno desse E. CARF, requerendo que todas as intimações relativas ao presente processo administrativo sejam feitas aos cuidados do DRA. RAQUEL NOVAIS, com escritório à Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 3.144, 11º andar, 01451-000, São Paulo, SP, enviando de tudo cópia à Recorrente no endereço constante dos autos.

Ao expor, inicialmente, breve resumo da autuação e da decisão da DRJ, a recorrente frisa que o ponto central em discussão no presente processo administrativo refere-se à equivocada premissa adotada pela autoridade lançadora de que a Recorrente e demais sociedades do Grupo Telefônica teriam realizado operações societárias com a suposta manipulação de valores, tendo como propósito único "criar despesas" que reduzissem os resultados fiscais, e aduz ter demonstrado que havia um conjunto de razões de caráter econômico, comercial, societário e financeiro que justificaram a realização dos atos e negócios jurídicos tal qual implementados, de modo que o reconhecimento do ágio foi mera consequência dessas operações, todas elas realizadas **segundo valores de mercado** e envolvendo **efetivo desembolso financeiro**, classificando de arbitrário o lançamento.

Por sua vez, os Julgadores de primeira instância indicam que as operações societárias que "deram origem a um suposto ágio teriam ocorrido no exterior", suscitando discussões com relação a eventual ofensa ao artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.567/42), o que nada tem que ver com o caso em debate. Além disto argumentam que as operações não teriam ocorrido sob condições de mercado, desconsiderando todo o conjunto probatório da realização dessas operações em absoluta condição de mercado, com laudos de avaliação, fiscalização da CVM, e todas as circunstâncias demonstradas e provadas na impugnação. Entende, assim, evidente que os motivos pelos quais o Auto de Infração foi mantido pela DRJ estão descolados da realidade dos fatos que integram o presente processo administrativo, o que fulmina a decisão recorrida por ausência de motivação.

De toda sorte, a exemplo da autoridade lançadora, a decisão da DRJ também não colocou em dúvida a validade jurídica das operações realizadas, procurando-se tão somente sustentar a impossibilidade de tais operações serem opostas ao Fisco, sem qualquer critério legítimo e ao arrepio do ordenamento jurídico, sendo descabidas as acusações com relação à suposta ilegitimidade do denominado "ágio intragrupo", totalmente destoantes da realidade fática do caso concreto.

Reitera, assim, o contexto das operações promovidas ao longo de quase uma década pela Recorrente e demais sociedades do Grupo Telefônica e acionistas minoritários (terceiros não relacionados ao Grupo Telefônica), asseverando que no ano 2000 o Grupo Telefônica, em razão de estudos de mercado e de modelo de negócios, decidiu segregar em diferentes pessoas jurídicas as atividades de telefonia, comunicação multimídia e de rede comutada por pacote. Foi criada, assim, a Telefônica Empresas S/A (T-EMPRESAS), que recebeu os ativos relacionados ao serviço de dados, mantendo na TELESP os serviços da

atividade principal de telefonia. Na sequência, em 30/01/2001 foi criada a TDBH mediante cisão da TELESP, sendo-lhe transferidas as ações da T-EMPRESAS. O capital da TDBH também foi aberto, por imposição da lei societária.

Em junho/2001, com recursos aportados por empresas do Grupo Telefônica (DABR) e demais acionistas, a TDBH adquiriu participação societária em Figueira Administração e Participações S/A (FIGUEIRA), empresa antes controlada pelo Banco Itaú S/A e detentora de ativos relacionados com a prestação de serviços de dados desse banco. O aporte de DABR foi inicialmente promovido por meio de adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC), convertido em aumento de capital em 26/02/2002, em razão do que a DABR passou a deter 53,90% do capital votante de TDBH.

Ressalta que como TDBH já era uma sociedade anônima de capital aberto, *o preço de emissão das ações no evento de aumento de capital acima referido foi estabelecido com base no valor de mercado das ações da TDBH, calculado a partir da média ponderada das cotações dos últimos 20 pregões da BOVESPA imediatamente anteriores a 22/02/2002, conforme exigência do art. 170, §1º, inciso II, da Lei das S/A (sic)<sup>1</sup>. Frente a tais circunstâncias, a DABR registrou ágio de R\$ 132.201.536,30, inexistindo qualquer "manipulação" no preço de emissão das ações da TDBH subscritas pela DABR, mas sim um operação em estritas condições de mercado, com observância da legislação que visa evitar a diluição injustificada dos antigos acionistas. Até porque as ações da TELESP e da TDBH não eram apenas negociadas na BOVESPA, mas também nas bolsas de valores dos Estados Unidos da América, por meio de American Depositary Receipts ("ADRs"), o que exigia dessas companhias os mais elevados índices de transparência e idoneidade nas informações divulgadas ao mercado sobre o desempenho de suas operações.*

Em 2006, consoante refletido em seu Relatório Anual, *o Grupo Telefônica iniciou outra grande reorganização de suas atividades igualmente em nível mundial, agora buscando a integração de suas linhas de negócios e a divisão do Grupo em três grandes regiões geográficas de atuação.* Neste contexto e tendo em conta as deliberações dos Conselhos de Administração das empresas envolvidas, bem como a *mudança no perfil dos concorrentes*, as sociedades decidiram a reunificação da TDBH e da TELESP, mediante incorporação daquela por esta. A recorrente relata os benefícios desta reestruturação e a ela associa a cisão parcial de T-EMPRESAS, com transferência para a TELESP dos ativos e atividades relacionados aos serviços de multimídia nas regiões em que tais serviços já eram prestados pela TELESP, descrevendo na sequência que:

*46. Por se tratar de empresas de capital aberto sujeitas a controle comum e com acionistas minoritários, a Lei das S.A. impunha que a relação de troca a ser observada na incorporação da TDBH pela Telesp observasse, obrigatoriamente, o valor de mercado das duas sociedades (artigo 264, §4º da Lei das S/A<sup>14</sup>). Em vista dessa exigência, a renomada assessoria financeira NM Rothschild & Sons (Brasil) Ltda. ("Rothschild") elaborou laudo de avaliação econômica da Telesp e da TDBH, o qual se valeu do critério do fluxo de caixa descontado<sup>15</sup>.*

*47. Com base nesse documento, estabeleceu-se que os acionistas da TDBH receberiam (i) 1 ação ordinária da Telesp para cada grupo de 75.389 ações ordinárias da TDBH, (ii) 1 ação preferencial para cada grupo de 75.389 ações preferenciais da TDBH e (iii) 1 ADS da Telesp para cada grupo de 1,550778 ADS da TDBH (docs. 05 e 06).*

<sup>1</sup> A recorrente indica o inciso II em seu texto, mas em nota de rodapé transcreve o disposto no inciso III do §1º do art. 170 da Lei das S/A. MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

48. *Alguns acionistas minoritários, representados pela Hedging-Griffo Corretora de Valores SA. ("Hedging-Griffo"). insurgiram-se contra a relação de substituição de ações aprovada pela Assembleia Geral das sociedades e protocolaram reclamação junto à CVM. No entanto, ao analisar o pleito da Hedging-Griffo, a CVM decidiu que inexistiam quaisquer irregularidades na operação e a chancelou tal qual realizada, não encontrando fundamentos na reclamação formulada pelos minoritários<sup>16</sup> (doc. 07).*

49. *Essa reestruturação também foi submetida à análise da ANATEL<sup>17</sup> por meio do processo nº 53500.006897/2006, cujo Conselho Diretor do órgão decidiu pela total validade da operação, autorizando, destarte, a incorporação da TDBH pela Telesp<sup>18</sup>.*

50. *Com a extinção da TDBH em razão da incorporação pela Telesp, a DABR deu baixa no investimento devido na TDBH e registrou um novo investimento na sucessora, ou seja, a aquisição das ações da Telesp, valendo-se do mesmo valor contábil que outrora estava vinculado ao investimento na TDBH. O percentual de participação da DABR na Telesp era de 1,50601376502%.*

51. *Em atenção ao comando do artigo 385 do RIR, a DABR desdobrou o custo de aquisição do investimento na Telesp em valor de patrimônio líquido e ágio, que restou registrado para fins contábeis nos seguintes termos: (i) valor de patrimônio líquido da Telesp: R\$ 163.991.697,44; e (ii) ágio inicial no valor de R\$ 248.950.100,54.*

A recorrente explicita os ajustes contábeis decorrentes de dividendos e juros sobre o capital próprio deliberados antes da operação de incorporação, bem como sua interpretação do art. 426 do RIR/99 para justificar que o ágio registrado pela DABR representou R\$ 244.408.868,38 e reiterar que em razão do laudo de avaliação emitido, todo o ágio revelou-se fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento na TELESP.

Por fim, em 21/10/2008 deliberou-se a simplificação da estrutura societária do Grupo no Brasil, mediante incorporação da DABR e da Telefônica Televisão Participações S/A (TTP) pela TELESP. A recorrente destaca que *DABR era uma sociedade holding constituída em 1999 por ocasião da necessidade de estabelecer uma linha de negócios de telecomunicações com enfoque no mercado corporativo, bem como para fins de atender requisitos regulatórios impostos à época, e seu principal investimento era a participação societária na TDBH adquirida com subscrição em dinheiro, sendo que a TDBH deixou de existir em 2006 pela operação de incorporação desta empresa pela Telesp no contexto da integração dos Serviços de Telefonia, Dados e Multimídia, remanescendo a DABR entre 2006 e 2008 sem outras atividades operacionais ou perspectivas de novos investimentos que pudessem justificar a manutenção de sua existência, de modo que sua incorporação pela TELESP permitiria o aumento de sinergias por esta última empresa, a redução do risco gerencial, simplificação da estrutura administrativa, bem como redução de custos.* Além disso:

59. *A aprovação dessa reestruturação implicou o seguinte: (i) extinção da DABR; (ii) sucessão pela Telesp de todos os direitos e obrigações da DABR; (iii) o capital social da Telesp devido pela DABR foi diretamente atribuído ao acionista controlador da DABR, SP Telecomunicações Participações Ltda., em substituição à sua participação societária na DABR, ficando mantidos os mesmos direitos das ações de emissão da Telesp; (iv) aumento de capital na Telesp, sem emissão de novas ações; (v) o acervo líquido total da DABR, contendo a parcela correspondente ao ágio e investimento na Telesp, foi transferido para esta empresa.*

60. O valor total do ágio transferido à Telesp, antes registrado na contabilidade e no Livro de Apuração do Lucro Real ("LALUR") da DABR, foi de R\$ 244.408.868,38. Esse valor contemplava todo o custo de aquisição do investimento detido pela DABR na extinta TDBH, nos termos dos artigos 426 e 385 do RIR acima referidos. A partir da incorporação da DABR, a Recorrente passou a amortizar esse ágio para fins fiscais, exatamente como autorizado pela legislação de regência.

Frente a este relato, conclui preliminarmente pela fragilidade da decisão da DRJ que indica que as operações societárias que "deram origem a um suposto ágio teriam ocorrido no exterior", e entende demonstrado que as operações acima descritas não foram impulsionadas por objetivos fiscais, nem envolveram uma reestruturação sem qualquer objetivo negocial com vistas a unicamente à "criação de despesas que reduzissem seus resultados fiscais". Os efeitos tributários foram uma decorrência natural dos atos jurídicos praticados. Observa que:

66. O "filme" descrito no Auto de Infração e na decisão da DRJ possui cortes e edições de cenas relevantes, focando em cenas selecionadas e desconsiderando todo o entorno negocial presente nas operações. A postura adotada pelo agente fiscal se encaixa perfeitamente a uma memorável frase de Orson Welles, que afirmou: "Se você quer um final feliz, depende de onde irá parar a história".

Manifesta sua inconformidade com a acusação fiscal de que a recorrente teria manipulado valores para permitir o surgimento de um ágio apenas quatro anos depois, e que seria passível de amortização seis anos à frente. Contudo, as transações foram pautadas em estritas condições de mercado, já que se tratava de empresas de capital aberto, fiscalizadas por autoridades brasileiras e norte-americanas. Em tais condições, qualquer desvio implicaria a responsabilização pessoal dos administradores das sociedades, além de sanções administrativas e penais, haja vista que a eles a Lei das S/A impõe diversos deveres fiduciários (artigos 153 a 160 e Parecer de Orientação CVM nº 35/2008<sup>20</sup>). Logo, qualquer acusação sobre manipulação de dados ou ausência de condições equitativas de mercado não pode prescindir de um enfrentamento dos documentos apresentados e da desconstituição de seu conteúdo com fundamentos de igual idoneidade.

E, embora entenda que tais razões são suficientes para demonstrar a im procedência do lançamento, tendo em conta o princípio da eventualidade, argúi, também, a decadência do direito de questionar a formação do ágio em 2006, observando que o Código Tributário Nacional ("CTN") não apresenta qualquer norma relativa ao prazo decadencial de atos constitutivos delegados ao contribuinte, mas a predominância dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação demanda critérios de controle dos atos de constituição de lançamentos tributários por parte do Fisco, pois não pode o contribuinte ficar à mercê da Fiscalização por um período indeterminado quanto a fatos que lhe dão origem por longo prazo. Defende, assim, que o termo inicial do prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais, contexto no qual o termo final para o questionamento do ágio registrado pela recorrente seria 2011.

Entende que o fato de as glosas afetarem a apuração do lucro de 2008 a 2012 não infirma seu entendimento, pois:

85. Fosse isso possível em relação a procedimentos de lançamentos realizados há aproximadamente 8 anos (marco inicial dos fatos geradores ora discutidos), o que impediria a Administração de se julgar na prerrogativa de rever atividade de

*lançamento já homologada, expressa ou tacitamente, em períodos de 15, 20 ou 30 anos? Ou se está diante de um dispositivo (artigo 150, § 4º do CTN) que busca dar eficácia ao princípio da segurança jurídica ou que não é suficiente para prevenir a completa instabilidade das relações jurídicas entre o contribuinte e o Fisco. Certamente, o objetivo do legislador complementar foi o de preservar a segurança jurídica na relação entre Administração e contribuintes.*

*86. A homologação tácita do ágio registrado em 2006 alcança, por certo, os procedimentos relacionados à apuração da base de cálculo dos respectivos exercícios, o que inclui necessariamente os fatos ocorridos e as informações prestadas relacionadas à dedução das despesas de ágio na apuração do lucro real. Homologar o lançamento e manter a prerrogativa de revisá-lo indefinidamente em todos os seus termos é negar eficácia à regra disposta no artigo 150, §4º do CTN. [...]*

Cita doutrina e jurisprudência em favor de seu entendimento e pede o cancelamento integral da exigência.

Passando ao mérito, discorre sobre a *apuração e o tratamento fiscal do ágio nas aquisições de investimentos*, abordando conceitos e os atos legais que regem a matéria para argumentar que:

*98. De seu próprio conceito deriva a conclusão de que o ágio somente pode surgir quando ocorrer aquisição de participação societária. Mais ainda, considerando que os dispositivos aplicáveis não trazem qualquer restrição à modalidade de aquisição da participação societária que daria ensejo ao registro do ágio, deve-se entender que a aquisição mencionada pelo artigo 385 do RIR não abrange apenas as operações de compra e venda de participação societária, mas engloba quaisquer outras transações que resultem na aquisição de investimento em pessoa jurídica por outra, como as operações de troca, em que uma sociedade recebe novas ações de nova sociedade, em substituição do investimento extinto por incorporação de uma sociedade por outra, ou as situações em que determinada sociedade recebe recursos em subscrição de capital.*

*99. A legislação aplicável não traz qualquer outro requisito além daqueles acima referidos. Inexiste qualquer restrição quanto às partes envolvidas na operação que levou à aquisição da participação societária, de modo que a lei autoriza a amortização do ágio mesmo se gerado em operações realizadas entre empresas que estejam sob controle comum, obviamente desde que observados os demais requisitos legais e desde que suportado em operações reais e efetivas operadas em condições estritas de mercado e assim documentadas, exatamente como ocorreu no caso presente.*

*110. Assim é que a incorporação de determinada sociedade representará, para seus acionistas, a alienação do investimento então detido na sociedade incorporada e a aquisição de novo investimento na sociedade incorporadora. Nessas situações, o investimento registrado na pessoa jurídica incorporada (acompanhado de eventual ágio) é integralmente baixado contabilmente na pessoa jurídica investidora.*

*101. Passo seguinte, a pessoa jurídica investidora deverá comparar o custo de aquisição que detinha em relação à pessoa jurídica incorporada com o valor de patrimônio líquido da sociedade incorporadora e, sendo aquele superior a este, nova equivalência patrimonial deverá ser realizada e **novo ágio** deverá ser registrado, nos exatos termos em que determinado pelo artigo 385 do RIR.*

Enfatiza que a *cada aquisição de participação societária surgirá um novo ágio, que deve cumprir todos os requisitos previsto em lei, seja quanto à escrituração, seja*

*quanto à justificação, sendo que assim procedeu a contribuinte, inclusive segundo a linha de entendimento deste Conselho, exposta no Acórdão nº 1101-00.354 (caso Vivo). Por sua vez, a autoridade lançadora não assimilou que a incorporação da TDBH pela Telesp implicou a baixa do investimento na sociedade incorporada (TDBH) e o registro de novo investimento na incorporadora (Telesp), com o devido desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio, conforme exigido pelo artigo 385 do RIR. Assim, todo o valor de R\$ 244.408.868,38 corresponde ao ágio gerado na aquisição do investimento na Telesp, por ocasião da extinção da TDBH.*

Embora este ágio tenha relação com aquele registrado pela DABR em 2002, eles não se confundem, porque *o investimento na TDBH foi integralmente baixado em 2006. Aliás, seria apenas nesta parte que o ágio amortizado não teria fundamento em rentabilidade futura, no entender da autoridade lançadora.*

Na sequência, demonstra detalhadamente a composição do ágio amortizado e conclui que *o ágio em questão foi gerado e posteriormente amortizado de acordo com a correta e racional aplicação da legislação tributária. Não cabe, portanto, à autoridade lançadora pretender lançar quaisquer dúvidas sobre a sua legitimidade, sobretudo com base em premissas equivocadas como as que motivaram a lavratura do Auto de Infração e a sua manutenção pela decisão da DRJ.*

Prossegue reiterando a *inexistência de vedação legal ao reconhecimento e aproveitamento do ágio gerado em operações entre sociedades relacionadas e afirmando que ao invocar a vedação de amortização do denominado "ágio intragrupo", a autoridade lançadora extrai conceitos que não existem na lei, em flagrante violação às mais basilares regras da hermenêutica, que impõem que o intérprete mantenha-se fiel à prescrição legal sem dela distanciar-se para extrair-lhe comandos que extrapolam o conteúdo da lei.* Defende que basta a *unificação do patrimônio da investida e da investidora*, como ocorreu no caso, recorda que o Poder Legislativo expressamente rejeitou a possibilidade de revogação da lei que autoriza a amortização do ágio para fins fiscais, e cita julgados administrativos que corrigem os *exageros que vêm sendo perpetrados na interpretação da autorização legal* em referência.

Afirma, ainda, a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 12.973/2014, a qual positivou a *restrição que a autoridade lançadora pretendeu impor no caso presente. Entende que tais operações sempre foram permitidas até o advento da MP 627. Pretender o contrário seria admitir que a letra da MP 627 e da Lei nº 12.973 revelar-se-ia inócua ou morta, o que seria absurdo.* E se opõe à decisão recorrida aduzindo que:

*137. Ao defender que a MP 627 não teria trazido qualquer inovação ao ordenamento, mas apenas teve por objetivo esclarecer dúvidas acerca da interpretação das normas até então vigentes relativas ao registro e amortização fiscal do ágio, busca a sua aplicação retroativa, ao mesmo tempo em que aplica o artigo 106, I "pelas metades", pois ainda assim, mantém a multa de ofício e majorada.*

*138. Falar-se em lei interpretativa quando ela traz claro conteúdo novo, no entanto, é burlar o princípio da irretroatividade das normas.*

Compara tais circunstâncias com a análise do Superior Tribunal de Justiça acerca da Lei Complementar nº 118/2005 e faz referências a manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, bem como a manifestação da 2ª Turma da CSRF acerca dos requisitos da lei interpretativa, e conclui que:

142. Ou seja, os seguintes requisitos devem ser observados para que uma lei possa ser considerada interpretativa: (i) o caráter interpretativo deve estar expresso; (ii) existência de lei anterior disciplinando a matéria tratada na lei interpretativa, que deve indicar a lei anterior que está sendo interpretada; e (iii) existência de dúvida quanto ao sentido de uma lei anterior.

143. Ora, nenhum desses requisitos constam na MP 627 ou na Lei nº 12.973. Inexiste no texto desses diplomas legais quaisquer ressalvas ou sequer indícios de que se revestiriam de caráter interpretativo. Trata-se, isso sim, de normas claramente modificativas, que inovam criando inéditos requisitos para que a dedutibilidade do ágio seja permitida.

144. Até o advento da MP 627, o tema não havia recebido tratamento legislativo específico, com exceção dos artigos 385 e 386 do RIR, que incorporam o disposto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de conteúdo muito claro e sem qualquer vedação ao aproveitamento fiscal do ágio gerado nas chamadas operações "intragrupo". Ora, resta evidente que caso fosse clara a proibição legal do referido aproveitamento, não haveria necessidade de edição da MP 627 neste sentido.

Assim, a glosa se deu sem qualquer fundamento legal, e ofende os princípios da legalidade e da tipicidade. Cita julgado administrativo acerca dos efeitos da Medida Provisória nº 627, observa que situações de abuso devem ser combatidas e consideradas inválidas independentemente da existência de restrições legais específicas, mas as operações sob análise foram realizadas em estrita observância dos parâmetros de mercado, seguindo os comandos da Lei das S/A, de modo que o valor atribuído às ações da TDBH está amparado em estudos econômicos realizados por empresa especializada (doc. 05). Esse valor, como já mencionado, foi inclusive chancelado pelas autoridades regulatórias competentes (doc. 07).

Opõe-se, também, às referências contidas na decisão da DRJ à Resolução CFC nº 1.157/09 e o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, dado tratar-se de normas posteriores aos fatos ocorridos em 2006. Aduz que:

157. Conforme demonstrado pela Recorrente na sua impugnação, não havia na época dos fatos em exame nenhuma regra expressa de cunho contábil que proibisse a Recorrente de registrar o ágio ora questionado.

158. Para fins contábeis, as regras relativas ao registro do ágio somente foram alteradas com a edição da Resolução CFC nº 1.157/09 e com a emissão do Pronunciamento Técnico CPC 15 (Combinação de Negócios), dando continuidade ao conhecido processo de convergência da contabilidade brasileira aos padrões do Internacional Financial Reporting Standards ("IFRS"), iniciado pela Lei nº 11.638/2007.

159. Assim, para fins jurídico-fiscais, como já mencionado, essas regras somente serão alteradas com a entrada em vigor da Lei nº 12.973, ainda assim em relação a participações societárias adquiridas a partir de 2015. Não obstante, por expressa determinação do artigo 16 da Lei nº 11.941/2007, que criou o Regime Tributário de Transição ("RTT"), para fins fiscais deveriam ser observadas as normas contábeis vigentes em 31/12/2007.

Observa que o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 diz respeito exclusivamente a operações específicas de "reavaliação espontânea" de sociedades controladas ou coligadas, usuais na vigência do hoje revogado artigo 36 da Lei nº 10.637/02, dispositivo que também não tem qualquer aplicação ao caso presente, mas reporta-se a julgados que reconhecem a plena independência entre escrituração contábil e fiscal, bem como negam a influência das normas de natureza contábil previstas pela CVM na

*determinação do montante do ágio passível de amortização fiscal. Cita, também, doutrina em favor da análise dos limites, conceitos e legalidade do ágio dentro do campo do Direito, e não da contabilidade, bem como julgados administrativos em favor da amortização de ágio gerado entre partes relacionadas. Deste modo, onde o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.*

De toda sorte, diz que *no caso concreto, não se pode alegar que o ágio em exame seja considerado um ágio gerado internamente, porque seu reconhecimento se deu no momento em que a DABR adquiriu investimento na Telesp, por meio da incorporação da TDBH na Telesp, resultando na substituição do seu investimento anterior detido na TDBH, extinta por incorporação.*

*173. Por sua vez, esse investimento da DABR na TDBH tinha um efetivo custo de aquisição decorrente do pagamento em dinheiro do valor total de R\$ 492.746.938,43, calculado em condições negociais de mercado quando da aquisição das 193.339.858.264 ações ordinárias e 381.426.196.190 ações preferenciais da TDBH, evidenciando efetiva circulação de recursos financeiros na operação, não sendo possível aplicar, também por esse motivo, o teor da Resolução CFC nº 1.157/09 e do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, os quais não guardam pertinência com as particularidades do caso ora em análise.*

Aborda, então, a individualidade das pessoas jurídicas no sistema jurídico-tributário brasileiro, observando que a própria legislação fiscal admite como válida e inclusive determina que **partes relacionadas devam negociar em bases comutativas mediante a adoção de valores de mercado**, e citando como exemplo a legislação acerca de distribuição disfarçada de lucros, que transfere o ônus da prova ao Fisco quando existir laudo de avaliação evidenciando o efetivo valor de mercado da operação. Ademais, as empresas também estavam obrigadas a negociar em condições estritamente comutativas por serem sociedades de capital aberto. Assim, se a legislação fiscal e o próprio Fisco exigem os tributos incidentes sobre ganhos de capital decorrentes de operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico, também haverá que reconhecer como válido o registro de ágio para o adquirente de participação societária de parte relacionada, desde que respaldado em valores e operações legítimas, como se verifica no caso presente. Indica julgado administrativo neste sentido.

Acrescenta que nos termos da Lei das S/A, mesmo que uma sociedade faça parte de um determinado grupo econômico, essa ainda assim deverá levantar balanços de forma individualizada, demonstrando os seus resultados à luz das efetivas operações por ela realizadas. Esses balanços individuais, como se sabe, serão o ponto de partida para o cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme determina o artigo 248 do RIR. E aduz que somente em países que consideram o grupo econômico como uma entidade única é compreensível não se aceitar o reconhecimento de ágios gerados em transações realizadas entre empresas integrantes de um mesmo grupo econômico. Entende, assim, que a aplicação, no Brasil, dos conceitos adotados em países como os Estados Unidos da América para o registro do ágio levaria, quando muito, à vedação do direito à reavaliação espontânea de ativos por determinada pessoa jurídica. Jamais à negativa de se reconhecer o registro dos chamados "ágios intragrupo" em transações efetivas, como se pretendeu no caso presente. Transcreve doutrina em apoio a este entendimento e invoca julgados administrativos que reconhecem a individualidade das entidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Extraí da acusação fiscal *uma suposta artificialidade em torno do ágio aqui tratado e invoca doutrina acerca da distinção entre o "ágio intragrupo" com causa e aquele sem efetivo substrato econômico*, argumentando que:

202. *O fato de as sociedades serem ligadas, por si só, não deve ser fator determinante para se sustentar, de forma infundada como feito pela decisão da DRJ, que o ágio gerado em uma transação intragrupo não poderia ser reconhecido, sobretudo, quando todas as operações tenham sido realizadas em condições de mercado, bem como envolvendo partes independentes.*

203. *No presente caso, nem mesmo se pode afirmar que a operação se deu apenas entre empresas de um mesmo grupo. Assim, diferentemente do sustentado pela decisão da DRJ, não é porque ocorreram operações entre sociedades do Grupo Telefônica, as quais são consideradas como entidades distintas para fins fiscais, que seria injustificável o reconhecimento de ágio quando da aquisição do investimento da DABR na Telesp, decorrente da incorporação da TDBH por esta última empresa.*

204. *No caso presente inexistiu a fabricação de riqueza artificial dentro do mesmo grupo econômico considerando, sobretudo, que essas operações envolveram:*

*(i) Efetivo investimento de recursos;*

*(ii) Pessoas jurídicas com objetivos, divisões de responsabilidade e de gestão distintas;*

*(iii) Acionistas minoritários sem qualquer relação com o Grupo Telefônica;*

*(iv) Companhias de capital aberto (TDBH e Telesp) que estavam necessariamente sujeitas às regras da Lei das S/A e da CVM, devendo, portanto, observar as condições de mercado nas operações societárias ocorridas, de modo a preservar os interesses dos seus acionistas<sup>50</sup>;*

*(v) Operações economicamente justificadas e assim documentadas (docs. 05, 06 e 07).*

*Aduz que a alegada artimanha de realizar os atos envolvendo sociedades do Grupo Telefônica e terceiros não apresenta qualquer correlação com os efeitos fiscais que deles derivaram. Classifica a ilicitude cogitada de incomprovada e presumida e destaca que todas as reestruturações societárias em exame tiveram a participação de acionistas minoritários (terceiros independentes) e sociedades de capital aberto, as quais devem obedecer a rigorosos índices de transparência e idoneidade. Reitera que na operação de subscrição pela DABR das ações emitidas pela TDBH, o preço de emissão das ações foi determinado com base no critério da média ponderada das cotações dos últimos 20 pregões da BOVESPA imediatamente anteriores a 22 de fevereiro de 2002, nos termos contidos no artigo 170, §1º, inciso II da Lei das S/A. E complementa:*

*213. Por sua vez, no tocante à incorporação da TDBH pela Telesp ocorrida em 2006, também não há margem para se falar em qualquer irregularidade nos valores obtidos na relação de substituição das ações dessas companhias, os quais foram baseados na avaliação econômico-financeira elaborada pela Rothschild (doe. 05), instituição renomada e com mais de duzentos anos de existência, cuja idoneidade jamais foi contestada no presente caso.*

*214. Essa conclusão fica ainda mais evidente ao se verificar que os questionamentos feitos pela Hedging-Griffo (na qualidade de representante de diversos acionistas minoritários da TDBH) em face do valor atribuído na relação de troca realizados não foram acolhidos. Nesse contexto, confira-se trecho da decisão da CVM no Processo/CVM nº RJ 2006/3388, no sentido expresso de que não foram verificadas*

*quaisquer irregularidades na incorporação da TDBH pela Telesp ou ainda nos valores envolvidos na operação:*

31. No que se refere à relação de substituição e ao direito de retirada, cabe esclarecer que, além de terem sido feitas as avaliações nos termos dos artigos 45 e 264 da Lei 6.404/76, foi procedida a avaliação econômico-financeira da TDBH, **tendo a SEP também concluído pela inexistência de indícios de que o controlador tenha se beneficiado em detrimento dos acionistas minoritários, a saber:**

[...]

**32. Diante de tudo isso, concordo com a manifestação da SEP de que, em princípio, não foram cometidas irregularidades na operação, não encontrando, portanto, fundamento na reclamação formulada pela Hedeine-Griffo.**

*Anota, ainda, que a amortização apenas se deu muito tempo depois do início das reestruturações societárias realizadas pelo Grupo Telefônica, no contexto da segregação mundial das linhas dos negócios de telefonia, multimídia e dados, de modo que o plano "arquitetado" pela Recorrente demandaria que, em 2001, se pudesse antecipar que o valor de mercado das ações da TDBH levaria ao reconhecimento de um ágio tal que, quando em 2006 a TDBH fosse incorporada pela Telesp (algo que jamais havia sido cogitado até então), o valor de mercado adotado para a relação de substituição de ações da TDBH por ações da Telesp levaria ao registro de um ágio, ágio esse que deveria estar integralmente respaldado na projeção de resultados futuros da Telesp!*

Prossegue ressaltando que, embora inexista no Brasil legislação que obrigue expressamente o contribuinte a sempre ter razões empresariais e extratributárias para que suas operações seja admitidas como válidas, há doutrina mais restritiva, mas que ainda assim questiona somente as operações que sejam praticadas com o fim único e exclusivo de buscar a economia fiscal. E assim recorda o contexto fático provado nos autos acerca da segregação e reunião de suas atividades, observando que o próprio Termo de Verificação Fiscal chega a reconhecer que a intenção da Recorrente foi a de realizar operações societárias objetivando essa segregação. Anota que semelhantes operações ocorreram com o Grupo Telefônica na Espanha e em outros países, e foram avaliadas como corretas por órgãos reguladores brasileiros e estrangeiros. E entende que deve haver um limite para o exercício fantasioso, sob pena de se imaginar, também, que neste grande plano, os minoritários tivessem contestado operações também com o único objetivo de permitir à CVM afirmar que todas as operações foram realizadas de forma equitativa, em condições de mercado e com propósitos legítimos - tudo isto para permitir que o único propósito de Recorrente (acionista controlador) se realizasse, ou seja a tão desejada amortização do ágio!

Subsidiariamente alega a inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade lançadora, reproduzindo ementas de julgados administrativos neste sentido, e observando que a vedação só foi criada com o art. 50 da Lei nº 12.973/2014, com efeitos a partir do ano-calendário 2015. De toda sorte, caso se entenda que o art. 75 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004 autoriza a glosa, devem ser aplicados à CSLL todos os argumentos antes expostos.

Com referência à penalidade aplicada, reitera a impossibilidade de simultaneamente atribuir caráter interpretativo à Lei nº 12.973 e manter a aplicação da multa de ofício, e afirma a abusividade da multa majorada de 150% aplicada no caso, pois o que está em discussão é a possibilidade ou não de dedução fiscal dos valores relativos à amortização do ágio gerado, e interpretações distintas entre Fisco e contribuinte não podem ser

*consideradas como fraude ou condutas dolosas. Transcreve doutrina acerca dos requisitos para qualificação da penalidade, e destaca que a Recorrente nunca omitiu ou alterou os documentos referentes aos fatos objeto do presente processo. Pelo contrário, todos os atos foram praticados às claras, dando-se publicidade dos atos por meio de publicação em jornais de grande circulação, divulgando fatos relevantes, bem como fazendo constar as informações das diversas declarações apresentadas ao Fisco. Discorre sobre as condutas que motivam a aplicação de multa qualificada em diversos julgados administrativos, cita manifestação da 1ª Turma da CSRF acerca do tema, e observa a usualidade dos atos societários realizados em referências contidas na ementa de diversos julgados administrativos que afastaram a qualificação da penalidade.*

Finaliza discordando da *incidência dos juros SELIC sobre a multa de ofício*, dado que os juros só são devidos quando a obrigação não é cumprida, e a multa se presta a punir a inexecução da obrigação, inexistindo, inclusive, previsão legal para esta exigência.

## Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Embora não requeira a declaração de nulidade da decisão de 1ª instância, a recorrente aduz que os Julgadores de primeira instância cogitaram de ofensa ao art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, assim como *argumentaram que as operações não teriam ocorrido sob condições de mercado*, e conclui que *os motivos pelos quais o Auto de Infração foi mantido pela DRJ estão descolados da realidade dos fatos que integram o presente processo administrativo, o que fulmina a decisão recorrida por ausência de motivação*.

Importa, assim, esclarecer que não se vislumbra na decisão recorrida nada que pudesse ensejar sua nulidade. O voto condutor da decisão recorrida traz argumentos para afastar a arguição de decadência e, no mérito, enfrenta a alegação da contribuinte no sentido de que não haveria restrição legal para a utilização do ágio intragrupo, apenas mencionando incidentalmente a impossibilidade de se admitir como válidas no Brasil *condutas praticadas no exterior tipificadas como ilícitas à luz do ordenamento jurídico brasileiro — mesmo que toleradas pela ordem jurídica do país em que praticadas*. De fato, a decisão recorrida traz argumentação estruturada no sentido de firmar a impossibilidade de aproveitamento, para fins fiscais, do ágio interno; rejeita as alegações da contribuinte acerca da inexistência de vedação à utilização do ágio interno antes da edição da Medida Provisória nº 627/2014; nega efeito ao propósito negocial apresentado para as operações realizadas; declara a indedutibilidade das amortizações também no âmbito da CSLL; mantém a qualificação da penalidade ante a geração artificial do ágio e a impossibilidade de desconhecimento ou erro por parte dos envolvidos nas operações; e afasta a arguição de ilegalidade da aplicação de juros sobre a multa. Assim, inexistente qualquer evidência de que argumentos de defesa não tenham sido apreciados, ou de que a exigência tenha sido mantida sob fundamentos distintos daqueles expostos na acusação fiscal.

Feitos estes esclarecimentos, cumpre preliminarmente apreciar a arguição de decadência do direito de o Fisco questionar a formação do ágio em 2006. Aduz a recorrente que a predominância dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação demanda *critérios de controle dos atos de constituição de lançamentos tributários por parte do Fisco*, pois não pode o contribuinte *ficar à mercê da Fiscalização por um período indeterminado quanto a fatos que lhe dão origem por longo prazo*. Defende, assim, que *o termo inicial do prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais*, contexto no qual o termo final para o questionamento do ágio registrado pela recorrente seria 2011.

Esta Conselheira já se manifestou contrariamente a argumentos semelhantes adotando as razões de decidir expostas no voto condutor do Acórdão nº 1402-00.802, a seguir transcritas:

***I. DECADÊNCIA (PRECLUSÃO) DA POSSIBILIDADE DE AUDITORIA DOS ELEMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS DO ANO-CALENDÁRIO DE 2001 COM REPERCUSSÃO FUTURA***

*A recorrente alega, em síntese, que no ano de 2008 o Fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, haja vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano 2001, e a lavratura dos autos de infração.*

*A decisão de primeira instância enfrentou essa preliminar, que foi rejeitada pelos seguintes fundamentos (verbis):*

#### DA DECADÊNCIA DO QUESTIONAMENTO DOS ATOS SOCIETÁRIOS

A contribuinte argumenta que teria ocorrido a decadência do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio ora em debate, uma vez que os fatos em comento ocorreram em 2001, e os autos de infração foram cientificados à impugnante em 30/12/2008.

A fim de enfrentar a questão, é necessário, inicialmente, trazer o conceito técnico de fato gerador, conforme definido pelos artigos 114 e 115, do CTN, in verbis:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Dos artigos acima transcritos resta claro que o fato gerador da obrigação tributária é necessariamente um conceito legal, ou seja, é uma situação definida em lei.

No que tange à decadência no Direito Tributário, também cumpre analisar o disposto no art.150, caput e §4º, e no art.173, incisos I e II, e parágrafo único, do CTN, in verbis:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela

notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Pela análise dos artigos retromencionados, é possível constatar que o §4º, do art.150, do CTN, é específico ao se referir a fato gerador do tributo, ou seja, o dispositivo legal em questão trata de um conceito diferente daquele utilizado pela impugnante, cuja argumentação tratou não da aceção técnica de fato gerador, que, consoante o exposto, é uma situação definida em lei, mas sim de fatos como acontecimentos genéricos do mundo fenomênico, ao mencionar os fatos que propiciaram o surgimento do ágio. Logo, a norma contida no art.150, do CTN, não confere sustentação à alegação da impugnante.

A respeito da questão, já se pronunciaram os Conselhos de Contribuintes, conforme se depreende da ementa do acórdão abaixo:

DECADÊNCIA – TESE DO PAGAMENTO – IMPROPRIEDADE NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO –LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO A atividade exercida pelo contribuinte para dar efetividade ao artigo 150 do CTN, assemelha-se à atividade exercida pela autoridade administrativa prevista no artigo 142 do CTN. **A relação jurídica tributária somente nasce, se o fato previsto na hipótese de incidência prevista na lei ocorrer no mundo fenomênico e for traduzida em linguagem.** (...) (1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, acórdão 10709263, sessão de 06/12/2007). (negritamos)

Cumpre destacar que a própria contribuinte demonstrou conhecimento da distinção entre (i) fato gerador do tributo, previsto em lei, e (ii) fato genérico do mundo fenomênico, como fica claro pelo excerto da impugnação de fls.371, quando, ao tratar dos créditos tributários de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2002, a impugnante reconhece: “De fato, considerando-se que os fatos jurídicos tributários ocorreram em 31/12/02 (...)”.

**Da mesma forma, nenhuma das situações descritas nos incisos I e II, e no parágrafo único, do art.173, do CTN, contempla a hipótese de decadência aventada pela contribuinte.**

Sendo assim, a alegação da contribuinte de decadência do questionamento da legalidade dos atos societários resta improcedente, por absoluta falta de embasamento legal. (Grifei)

*É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em conseqüência, em 2008 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário e impor penalidades quanto a infrações incorridas no ano-calendário 2001, ou seja, constituir exigências tributária. Isso por disposição expressa dos artigos 150 e 173 do CTN conforme acima grifado.*

*O “prazo de preclusão” alegado pelo contribuinte que seria de cinco anos, corresponderia ao mesmo prazo decadencial para o lançamento (constituição da obrigação tributária), previsto no CTN.*

*A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo. Portanto, para que seja possível falar nesse instituto no caso em concreto, caberia ao contribuinte identificar um dever atribuído por lei à Fazenda Pública, o qual seria passível de extinção pelo decurso de prazo. Logo, “para se falar em preclusão, a lei deveria atribuir à Administração Pública o dever de glosar o ágio amortizável registrado pelo Santander Holding, ou mesmo o registrado pelo Banespa após a incorporação, a partir da data dos registros contábeis”, como bem observado pela*

*ilustre Procurador da Fazenda Nacional Paulo Roberto Riscado Junior na sustentação oral realizada durante o julgamento do presente processo.*

*Efetivamente, não existe essa previsão legal. Tanto o art. 142 do CTN quanto o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 prevêem apenas o lançamento como forma de exigência do crédito tributário, retificação de prejuízo fiscal e aplicação de penalidade isolada. Não há, em lei, previsão para a glosa de ágio registrado na contabilidade em decorrência de subscrição de ações ou de incorporação nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.*

*Com efeito, o registro do ágio na contabilidade não implica em redução de crédito tributário, em majoração de prejuízo fiscal ou em causa para lançamento de multa isolada. Repita-se: o simples registro do ágio na contabilidade não implica em fato gerador de obrigação tributária ou em alteração, de qualquer ordem, na base de cálculo do IRPJ e da CSSL daquele período.*

*Ao adquirir uma participação societária com ágio, a lei autoriza a pessoa jurídica a amortizar esse valor, na apuração dos tributos por ela devidos sobre os lucros em períodos futuros, sob determinadas condições, isso porque foi exatamente a expectativa desse lucro que justificou o ágio. Apenas nessa hipótese, o ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar na apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.*

*Frise-se: o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.*

*O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente. Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.*

*É o que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente dispõe: “Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”*

*Esclareça-se que esse dispositivo não altera o prazo decadencial para constituir o crédito tributário estabelecido no CTN, tampouco cria outro prazo decadencial qualquer, apenas viabiliza a autoria fiscal dos fatos com repercussão futura. Frise-se, mais uma vez, que o prazo decadencial é sempre norteador pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador..*

*Recentemente, o professor Marco Aurélio Greco manifestou o entendimento de que “não existe direito adquirido da empresa de usar o ágio mesmo depois de passados cinco anos do fato gerador.” A afirmação foi feita na V Jornada de Debates sobre Questões Polêmicas de Direito Tributário, promovida pela FISCOsoft em junho de 2011.*

*Para o Dr. Greco, a tese bate de frente com entendimento do Supremo Tribunal Federal. “Não se tem direito adquirido ao prejuízo, conforme disse o Supremo ao julgar a trava de 30% para redução do lucro tributável”, diz. Em 2009, o STF entendeu que a Lei 8.891/1995, que permitiu o aproveitamento, concedeu um*

*benefício fiscal e que, por isso, não havia nada de errado com a trava de 30% por período de apuração.*

*Assevera ele que, enquanto o ágio não é amortizado totalmente, não existe fato consumado, apenas expectativa de direito. "A empresa espera que futuramente estará sujeita ao IR e ao regime de apuração do lucro real. Mas não existe direito adquirido a regime jurídico. Ela vai se submeter àquele a que se enquadrar na data da ocorrência do fato gerador."*

*Por isso, em relação aos autos de infração lavrados depois de passados cinco anos da informação do ágio ao fisco, Greco afirma que a prática é legal. "O auto não existe sozinho, mas decorre da contabilização irregular", defendeu. "Embora a segunda conduta aconteça cinco anos depois, é causal, não bastante em si." Segundo ele, não há prazo para o fisco reconhecer a irregularidade, mas somente para impedir o aproveitamento. "As amortizações feitas no passado ficam consolidadas. Apenas as posteriores podem ser desconsideradas."*

*Tais considerações primam pela coerência e vem ao encontro da tese defendida neste voto.*

*Vejam, na prática, algumas situações abusivas que podem decorrer do entendimento defendido pelo nobre recorrente (contribuintes optantes pelo lucro real anual):*

*i) No ano de 1998, determinado contribuinte adquire um bem não depreciável, composto por várias partes e peças, pelo valor total de \$100, mas contabiliza no ativo por \$200; nos anos seguintes permanece pelo mesmo valor em seus livros contábeis e balanços. No ano 2007, vende esse bem por \$180 e não apura ganho de capital. Sofre auditoria em 2010 e o Fisco solicita a comprovação do custo contabilizado, ele não apresenta notas fiscais de aquisição sequer das peças efetivamente compradas, alegando que o ano de 2001 já estava decaído, logo, ocorreu a preclusão do Fisco de verificar tais custos. É isso mesmo? O tempo pode homologar o que nunca existiu, e permitir que produza efeitos futuros, impedindo a constituição do crédito tributário devido? Estou certo de que a resposta é não.*

*ii) No ano de 1999 o contribuinte realiza a construção de uma planta industrial com vida útil de 20 anos e contabiliza regularmente os custos. No ano de 2001 inicia a depreciação a 5% ao ano. É fiscalizado em 2008 e apresenta apenas parte dos custos da construção realizada. Então? o Fisco não poderia glosar o excesso os encargos de depreciação de 2003 a 2007? Evidente que sim, pois esses encargos submetem-se ao regime de competência e o contribuinte deve fazer prova da efetividade dos mesmos o que só é possível mantendo em boa guarda os comprovantes dos custos e despesas incorridos.*

*iii) No ano de 2000 o contribuinte adquire um imóvel por \$1000. Contabiliza a aquisição por \$12.000, utilizando para tanto um documento fraudado. Realiza uma incorporação em 2001, acrescentando diversos custos inexistentes. Vende esse imóvel, já fracionado, nos anos de 2001 e 2002, apurando um pequeno ganho em 2002 que é declarado e o tributo recolhido. É fiscalizado em 2008 (ano-calendário 2002). De plano alega que o ano 2002 já está decaído, afinal passaram-se mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores. Todavia, com receio de o Fisco apurar a verdade dos fatos, apresenta o aludido documento de aquisição.*

*O Fisco efetua diligências e apura todas as fraudes tributárias.*

*Em relação à 3a. situação hipotética acima ("iii"), cabe questionar: qual o amparo legal para o Fisco realizar em 2008 uma auditoria do ano de 2002, se o contribuinte estava em tese regular perante a Administração Tributária, inclusive tendo efetuado os recolhimentos? há vedação expressa em lei para a auditoria fiscal alcançar os anos de 2000 e 2001, nos quais apurou a verdade dos fatos?*

*Respondo: a única vedação expressa nessa hipótese “iii” é para constituição do crédito tributário relativo ao ano de 2001, em face da decadência.*

*Este Conselho já se manifestou sobre alegações dessa natureza em diversos acórdãos. Em um deles, inclusive, o contribuinte alegou a preclusão para rever o ágio devidamente registrado na contabilidade. Trata-se do acórdão 107-09.545, cuja ementa é a seguinte:*

**EMENTA DECADÊNCIA— OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL GLOSA DE ÁGIO. O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa”. (Grifei)**

*No aludido processo o contribuinte registrou o ágio de forma equivocada em 1995, mas apenas amortizou o valor em 2000. O contribuinte alegou que a fiscalização estaria proibida, face o prazo decadencial, de glosar esse ágio. Tal argumentação foi refutada pela Câmara.*

*Noutro acórdão, de nº 104-19.219, de 27/02/2003, que tratou da retificação de prejuízo fiscal da atividade rural de período anterior, com reflexo em outro período de apuração do tributo ainda não atingido pelo decadência, a decisão também foi favorável à tese defendida por este relator. Vejamos transcrições da ementa, dispositivo e voto condutor:*

*Acórdão 104-19.219, de 27/02/2003*

*EMENTA*

*IRPF ANOS-CALENDÁRIO DE 1996 E 1999 – ATIVIDADE RURAL COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – DECADÊNCIA – ABRANGÊNCIA O prazo decadencial vincula-se direta e exclusivamente aos fatos geradores objeto do lançamento tributário, não se aplicando a elementos advindos de ano-calendário anterior, ainda que este já tenha sido atingido pela decadência. Assim, constatando-se que o ano-calendário fiscalizado encontra-se passível de revisão, é perfeitamente cabível o lançamento resultante da retificação do valor apropriado, a título de prejuízo da atividade rural a compensar, mesmo que este tenha origem em ano-calendário abarcado pela decadência.*

*DISPOSITIVO*

*ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito DAR provimento ao recurso**, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

*VOTO CONDUTOR*

*“(…) De fato, a revisão de valores apurados em anos calendários anteriores já abrangidos pelo decurso do prazo decadencial é absolutamente inquestionável. **O que não implica reconhecer que o conceito de decadência abranja também a revisão de valores que, advindos de período já tomados pela decadência, venham a influir na apuração do resultado de ano calendário ainda não decadente.***

*Evidentemente que o conceito decadencial não abrange tal influência. Exatamente por esta integrar as apropriações de ano calendário não decadente. Restrita a revisão à essa específica influência, respeitadas as ~~apropriações efetuadas~~, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.*

*Pela simples motivação de que o conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia.*

(...)

*A simples leitura do dispositivo em questão evidencia de sua absoluta ressonância com o princípio da decadência, a que se reporta tanto o artigo 149, § único, como os artigos 150, § 4º, e 173, todos do CTN., como antes mencionado. Isto é, se determinada apropriação influi no resultado na apuração do crédito tributário, é passível de revisão essa circunscrita influência. Ainda que, na origem, seja legalmente carregada de período já decadente. (Grifei)*

*Veja-se que na situação versada no Acórdão 104-19.219, o contribuinte foi intimado a comprovar o saldo de prejuízos da atividade rural do ano de 1989 que foi aproveitado no ano-calendário de 1996. Diante do fato de o contribuinte ter efetuado correções a maior do aludido valor no ano de 1990, a fiscalização glosou o excesso de compensações utilizado para reduzir o tributo devido em 1996. O contribuinte alegou decadência nessa revisão, que foi rejeitada pelo Colegiado, haja vista que tais valores “**influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**”.*

*Analisemos o Acórdão n.º CSRF/04-00.054, de 21/06/2005. Vejamos sua ementa e dispositivo:*

*Acórdão CSRF 04-00.054 de 21/06/2005*

*EMENTA*

*IRPF RESULTADO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA REVISÃO DE PREJUÍZO COMPENSÁVEL — DECADÊNCIA — ABRANGÊNCIA O conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vinculase direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia; **não abrange a revisão de valores advindos de período anterior, já abrangido pela decadência, que influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**, restrita a revisão a essa circunscrita e específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.*

*DISPOSITIVO*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL. ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Câmara recorrida para o exame do mérito do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente relatório. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, José Ribamar Barros Penha e Wilfrido Augusto Marques que negaram provimento ao recurso.*

*VOTO CONDUTOR*

*No caso, a fiscalização verificou inicialmente que o prejuízo da atividade rural fora incorretamente apurado na declaração do exercício de 1995, com indevida utilização nas declarações dos exercícios posteriores (1996 a 2000). A origem da incorreção seria o fato de a contribuinte haver procedido à atualização monetária indevida dos saldos de prejuízos e de incentivos fiscais nos anos-calendário de 1989 e 1990 (fls. 12 a 18).*

*No acórdão recorrido, foi acolhida a arguição de decadência, sob o seguinte argumento (fls. 276) (...)*

*De plano, verifica-se que tal entendimento carece de base legal. No caso em apreço, o lançamento, cientificado a contribuinte em 28/09/2000, abarcou os anos-calendário de 1996 e 1999, que ainda não se encontravam atingidos pela decadência, seja qual for o ângulo pelo qual se analise.*

***Destarte, uma vez que os anos-calendário fiscalizados não haviam sido atingidos pela decadência, não há óbice à exigência de comprovação acerca dos elementos que de alguma forma influenciaram os respectivos lançamentos, ainda que vinculados a exercícios anteriores. Ressalte-se que os anos-calendário anteriores aos autuados, em que teria ocorrido o alegado lapso na correção dos saldos de prejuízo a compensar estes sim alcançados pela decadência não foram revistos. O que houve foi tão-somente a retificação do valor do prejuízo a compensar, apropriado nos exercícios fiscalizados.***

***Nesse sentido é o Acórdão nº 104-19.219, de 27/02/2003, cujo voto vencedor foi acatado por unanimidade de votos, assim ementado: (...) (Grifei)***

*Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores.*

*Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era obrigatória a escrituração comercial.*

*Outrossim, cumpre registrar que em situações análogas, nas quais a verificação de fatos, documentos e registros contábeis, de períodos atingidos pela decadência, com repercussão futura favorável ao contribuinte, ou seja, erros que lhe prejudicam, as decisões deste Conselho são sempre favoráveis à retificação dos lançamentos nos períodos ainda não atingidos pela decadência, inclusive para reconhecimento de direito creditório. Cite-se como exemplo as seguintes situações em que se admite retificação favorável ao contribuinte:*

*- Lucro Inflacionário Inexistente. Fiscalização autua em 2000 a falta de realização do Lucro Inflacionário Diferido (parcelas realizáveis em 1996 a 1999. Somente em sede recurso, o Contribuinte verifica e alega que errou na apuração/declaração do LI de 1991, estando patente que seu Patrimônio Líquido era maior que o ativo imobilizado. Conselho exclui da base de cálculo o lucro inflacionário de 1991, e determina ainda, que as realizações mínimas de 1992 a 1995, porventura não efetuadas, sejam diminuídas do Saldo (existe inclusive súmula neste sentido). Ao fim e ao cabo, mantém-se apenas a tributação do saldo do inflacionário efetivamente existe nos anos de 1996 a 1999.*

*- Custo de aquisição de imóvel declarado a menor. Pessoa Física e Jurídica. Contribuinte declara/contabiliza a menor o custo de aquisição de imóvel no ano de 1996 e seguintes. Em 2004 aliena o imóvel e não recolhe ganho de capital. Fiscalização autua em 2006 e toma como custo o valor declarado/contabilizado. Contribuinte faz prova do custo de aquisição real do imóvel. Conselho acolhe o custo efetivo, e reduz a exigência ainda que isso implique no reconhecimento de erros de escrituração e/ou declaração de períodos atingidos pela decadência.*

*Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:*

*Acórdão 103-21611 processo 13925000136200129*

***LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA IPC/BTNF – Havendo a pessoa jurídica, no período-base de 1990, apurado saldo devedor de correção monetária e não possuindo lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, não há que se falar em adição ao lucro real, a partir do período-base de 1993, do valor que corresponder à***

*diferença entre a variação do IPC e do BTNF, de acordo com as normas de realização do lucro inflacionário.*

Acórdão 105-14773 processo 10166016076200115

*LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA O início da contagem do prazo decadencial para o Fisco dá-se a partir do momento em que é possível efetuar o lançamento, no exercício financeiro em que deve ser tributada a sua realização, e não imediatamente após o termo do ano-calendário em que foi gerado o lucro inflacionário.*

*LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA RECOMPOSIÇÃO DE SALDO A recomposição do saldo de lucro inflacionário acumulado deve levar em consideração, para fins de decadência, as parcelas de realização do ativo da pessoa jurídica.*

*JUROS DE MORA SELIC Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.*

*Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, rejeitando a preliminar de decadência e, no mérito, acatar o pleito no sentido de se excluir as parcelas do lucro inflacionário que deveriam ser realizadas nos anos calendários de 1993 e 1994.*

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

*LUCRO INFLACIONÁRIO. SALDO DA CORREÇÃO IPC/BTNF. ERRO DE FATO. Não procede a exigência de crédito tributário decorrente de erro cometido pela pessoa jurídica no preenchimento da declaração de rendimentos, tendo informado a maior o saldo credor da diferença de correção IPC/BTNF.*

Acórdão 101-93740 - processo 10880.008657/98-05

*ERRO DE FATO. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação de prejuízos, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.*

*PREJUÍZO FISCAL INSUFICIENTE. DECADÊNCIA: Apesar de não haver prejuízo fiscal suficiente para compensar o lucro real apurado em determinado período de apuração, deixa-se de propor a formalização da exigência em virtude de já ter transcorrido, nesta data, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário respectivo.*

*ERRO DE FATO. BASE NEGATIVA. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação da base negativa da contribuição social, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.*

**NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO**

Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

*IRPF GANHOS DE CAPITAL CUSTO DE AQUISIÇÃO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA Deve prevalecer para efeitos fiscais o custo de aquisição constante da Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no Registro de Imóveis, quando este for mais favorável ao contribuinte que o custo avaliado pelo valor de mercado, em 31/12/91, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992. O fato gerador do imposto de renda é a situação objetivamente definida na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*

*Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.*

*Enfim, ao contribuinte incumbe a prova da regularidade dos valores utilizados para redução da base de cálculo nos períodos fiscalizados, e a autoridade tem a prerrogativa de deles discordar, enquanto não transcorrido o prazo previsto na legislação para constituição do crédito tributário correspondente; podendo, para tanto, efetuar verificações em períodos anteriores, já atingidos por esse mesmo prazo decadencial; vedada, obviamente, a possibilidade de apuração e constituição de créditos tributários desses últimos.*

*Por todo o exposto, rejeito a preliminar de impossibilidade do Fisco efetuar em 2008 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2001, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização).*

A homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN recai sobre a atividade de apuração do crédito tributário pelo sujeito passivo, em regra revelada ao Fisco por meio do pagamento ou da confissão da dívida. O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário. Impróprio, assim, falar em *homologação tácita do ágio registrado em 2006*.

Por tais razões, nenhum impedimento havia para a Fiscalização, em 25/11/2013, formalizar exigência pertinente aos períodos de apuração de 2008 a 2012, alcançando a repercussão tributária dos fatos aqui em debate. Assim, REJEITA-se a arguição de decadência.

Passando ao mérito, a recorrente centra sua defesa na demonstração da regularidade dos ágios escriturados ao longo das operações questionadas pela Fiscalização. Não há dissídio acerca do fato de as sociedades envolvidas se submeterem a controle comum, ou questionamentos acerca dos valores que, deduzidos na apuração do IRPJ e da CSLL, foram glosados pela autoridade fiscal. Como bem destacado no início da defesa, *o ponto central em discussão no presente processo administrativo refere-se à equivocada premissa adotada pela autoridade lançadora de que a Recorrente e demais sociedades do Grupo Telefônica teriam realizado operações societárias com a suposta manipulação de valores, tendo como propósito único "criar despesas" que reduzissem os resultados fiscais.*

Para firmar a improcedência do lançamento, a recorrente discorre sobre as *razões de caráter econômico, comercial, societário e financeiro que justificaram a realização dos atos e negócios jurídicos tal qual implementados*, e destaca que todas as operações foram realizadas ***segundo valores de mercado e envolvendo efetivo desembolso financeiro***.

Desta argumentação destacam-se, inicialmente, os esclarecimentos da recorrente no sentido de que, em razão da decisão do Grupo Telefônica de segregar em diferentes pessoas jurídicas as atividades de telefonia, comunicação multimídia e de rede comutada por pacote, foi criada Telefônica Empresas S/A (T-EMPRESAS), que recebeu os ativos relacionados ao serviço de dados, mantendo em TELESP os serviços da atividade principal de telefonia. TELESP permaneceu como sócia de T-EMPRESAS até 31/01/2001, quando esta participação societária foi destacada de seu patrimônio, mediante cisão, para criação de TDBH, a qual, além de controlar T-EMPRESAS, recebeu posterior aporte de

recursos de empresa do grupo (DABR) para aquisição de participação societária em outra empresa (FIGUEIRA) detentora de ativos relacionados com a prestação de serviços de dados do Banco Itaú S/A.

Referido relato evidencia que, apesar de TDBH ser oriunda de cisão da TELESP, e ao final das operações ser por ela incorporada, como destacado pela Fiscalização, sua existência entre 2001 e 2006 estaria justificada como *holding* das pessoas jurídicas vinculadas à prestação de serviços de dados (T-EMPRESAS e FIGUEIRA).

Contudo, as amortizações questionadas por repercutirem na apuração do lucro tributável foram verificadas a partir do ano-calendário 2008 e em razão da incorporação de DABR pela autuada. Por sua vez, o fiscal autuante validamente questionou a atuação de DABR neste processo ao assim consignar que:

[...]

**164. É certo, ainda, que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH provieram de sociedade estrangeira do grupo Telefônica e foram dirigidos a uma outra sociedade também do grupo residente no Brasil, como pode ser assim sequencialmente resumido: a) pela 5ª Alteração do Contrato Social da DABR (Doc. 317), datada de 26/06/2001, a Telefônica Datacorp aumentou o capital social da DABR em R\$ 498.112.400,00: => b) Por sua vez, tais recursos foram utilizados pela DABR para realizar o AFAC na TDBH ainda em 2001: => c) o AFAC foi convertido em subscrição de capital em 2002; => d) a DABR reconheceu um ágio de R\$ 132.201.536,30 em função dessa subscrição.**

**165. Note-se, pois, que apenas em função dessa verdadeira "transferência" de recursos de uma empresa para outra do mesmo grupo, foi reconhecido em 2002 na DABR um ágio da ordem de R\$ 132 milhões, que em 2006 compôs o "Ágio Contábil DABR", que por sua vez passou a ser tributariamente amortizado a partir de 2008. É inegável, portanto, que a mera "circulação" dos recursos entre empresas do grupo econômico gerou um deletério e ilegal efeito nos resultados fiscais da Telefônica a partir de 2008.**

[...]

167. A única singularidade da operação aqui examinada que a distingue daquela investigada anteriormente reside no fato de ter ocorrido um suposto desembolso de recursos pelo precitado ágio. Entretanto, o fato de a DABR ter realizado o desembolso de um montante superior ao valor patrimonial das ações adquiridas da TDBH não afasta as considerações antes expandidas acerca da ilicitude da amortização do ágio intragrupo gerado na operação. A existência de eventual pagamento/desembolso para justificar o surgimento de um alegado ágio em uma transação entre partes sujeitas a controle comum não abala a impossibilidade do reconhecimento fiscal do ágio intragrupo daí gerado, tampouco modifica as consequências tributárias advindas de sua posterior e ilícita amortização. A despeito do desembolso realizado, remanesce a inobservância de um requisito fundamental e imprescindível para o reconhecimento do ágio, qual seja, a independência entre as partes da operação, da qual resultaria a confiabilidade de sua mensuração.

168. Admitir que o ágio intragrupo em relação ao qual tivesse ocorrido um suposto pagamento fosse passível de reconhecimento — e que seus encargos de amortização, atendidas as demais condições legais, fossem tributariamente dedutíveis — implicaria acatar que um grupo empresarial detentor de disponibilidade financeira ou que desejasse realocar seus recursos entre as sociedades que o constituem pudesse furtivamente tramocar operações entre as

*próprias pessoas jurídicas do grupo, de forma que daí emergissem "ágios" cujas amortizações reduzissem seus resultados tributáveis. Isso significaria consentir que um grupo econômico pudesse enganosamente "criar" despesas capazes de reduzir as bases imponíveis do IRPJ e da CSLL de suas sociedades ao simplesmente transferir recursos de uma de suas empresas para outra (tal qual na situação em comento). Fechar os olhos para isso significaria tolerar, figurativamente, que a saída de dinheiro de um bolso para outro de uma mesma calça implicasse o reconhecimento de um custo que diminuísse a carga tributária de seu dono.*

169. *Note-se que ainda que os recursos recebidos da DABR tenham sido utilizados pela TDBH para investir em uma outra empresa externa ao grupo, o que aqui se refutam são os efeitos fiscais do suposto ágio gerado na mera transferência desses recursos (por meio de aumento de capital) de uma empresa (DABR) a outra (TDBH) do grupo Telefônica justamente para adquirir o investimento naquela outra sociedade antes consolada por um terceiro independente. Essa "transferência interna" de recursos não pode licitamente gerar um ágio a ser aproveitado para efeitos fiscais por uma sociedade desse grupo investidor.*

[...]

**186. Note-se que os recursos utilizados para o aumento de capital da TDBH foram inicialmente capitalizados pela Telefônica Datacorp na DABR (v. parágrafo 164). Ora, em sendo a Telefônica Datacorp uma subsidiária integral da Telefônica S/A (v. parágrafo 41) e a DABR uma sociedade cujas quotas eram quase que exclusivamente de propriedade da Telefônica Datacorp (v. parágrafo 40), por qual razão os recursos já não foram diretamente aplicados do exterior na TDBH, ainda que utilizado o mesmo preço de emissão das ações fixado na operação realizada? A explicação convincente que daí se extrai é uma só: se as operações societárias tivessem sido assim planejadas, o suposto ágio teria sido contabilizado em sociedade residente no exterior e não poderia ser tributariamente amortizado no Brasil (a não ser que fosse arquitetada uma outra manobra societária para ilicitamente "internalizá-lo"). Por esta razão manifestamente tributária, os recursos foram inicialmente aplicados em uma pessoa jurídica residente no Brasil (DABR), que em seguida aumentou o capital de uma outra pessoa jurídica residente no Brasil (TDBH), tendo o pretense ágio então sido registrado já no Brasil. Consequentemente, o grupo poderia então desencadear operações visando à (ilegal) redução da carga tributária de sua lucrativa sociedade.** (destaques do original)

Ainda que se cogite, com fundamento no invocado art. 170, §1º, inciso III, da Lei das S/A, que os procedimentos adotados para evitar diluição injustificada da participação dos acionistas minoritários permitiriam o surgimento de ágio no aumento de capital promovido em TDBH em 26/02/2002, subsiste injustificada a figuração de DABR como investidora. Os recursos nela aportados pela sociedade estrangeira Telefônica Datacorp apenas foram registrados em sua escrituração para justificar a transferência em favor de TDBH a título de adiantamento para futuro aumento de capital. Não há dúvida, em tais circunstâncias, que o investimento não foi, na realidade, promovido por DABR, mas sim pela sócia estrangeira, cabendo a esta o custo do investimento e suas repercussões.

A recorrente se empenha em justificar a existência de TDBH, mas com referência a DABR somente diz vagamente que:

*56. A DABR era uma sociedade holding constituída em 1999 por ocasião da necessidade de estabelecer uma linha de negócios de telecomunicações com*

*enfoque no mercado corporativo, bem como para fins de atender requisitos regulatórios impostos à época.*

Não há notícia de qualquer outro investimento mantido por DABR e seu capital, em 2001, era quase que integralmente detido por Telefónica Datacorp (com exceção de uma quota devida pelo sócio Pedro Riviere Torrado), conforme relata a Fiscalização à fl. 11984. A recorrente menciona que em junho/2001 houve aporte de recursos na DABR por *empresas do Grupo Telefónica e demais acionistas*, mas como se vê na alterações do contrato social de DABR às fls. 8782/8811, o aumento somente foi subscrito por Telefónica Datacorp, no valor de R\$ 498.112.400,00, e integralizado com recursos remetidos do exterior nos termos de contratos de câmbio celebrados em 26/06/2001 e 27/06/2001, para serem entregues neste mesmo dia de 27/06/2001 em aumento de capital de FIGUEIRA, operação esta detalhada nas notas explicativas de fls. 8483/8484.

A recorrente não especifica as atividades de DABR, sendo certo que o grupo espanhol já possuía uma *holding* no Brasil, qual seja, SP Telecomunicações, como indicado no Termo de Verificação Fiscal à fl. 11989. Referida *holding*, aliás, recebeu em cessão a participação de Telefónica Datacorp em DABR, passando a ser detentora de 99,9999% de seu capital em 08/03/2006, mediante promessa de pagamento em 3 (três) parcelas semestrais do valor total de E\$ 171.734.635,30 (equivalente a R\$ 446.000.000,00), passível de ser convertido, por Telefónica Datacorp, em participação no capital de SP Telecomunicações, conforme fls. 3313/3325.

Promovida esta interposição da *holding* SP Telecomunicações, e seguindo-se a incorporação de TDBH pela autuada em 28/07/2006, exauriu-se a função de DABR como veículo da participação societária de Telefónica Datacorp nas pessoas jurídicas vinculadas à prestação de serviços de dados, reconhecendo a recorrente que DABR permaneceu *entre 2006 e 2008 sem outras atividades operacionais ou perspectivas de novos investimentos que pudessem justificar a manutenção de sua existência*. Daí o grupo empresarial concluir que não mais existia qualquer razão para a subsistência da DABR sob a *holding* SP Telecomunicações, como se vê na justificação de 17/10/2008, transcrita pela Fiscalização (fls. 11998/11999);

*70. As justificativas para a reestruturação constam no Protocolo de Incorporação e Instrumento de justificação, firmado entre a DABR e o fiscalizado em 17/10/2008 (Doc. 24):*

#### 1. JUSTIFICAÇÃO:

A DABR é sociedade holding remanescente da linha de negócios que operou investimentos em sociedades do segmento corporativo de telecomunicações, cujo ativo principal era a participação no capital social da Telefónica Data Brasil Holding S.A., extinta por incorporação pela TELESP em 2006, tendo recebido ações representativas do capital social da TELESP na referida ocasião, em atendimento à relação de troca determinada nos atos societários correspondentes.

A DABR não tem identificados outros investimentos de interesse desde então, de forma que não tem obtido outros resultados na consecução do seu objeto social propriamente, mas apenas gerido recursos em pequeno montante e gerado despesas administrativas para si e seus sócios quotistas.

A DABR possui dentre seu acervo líquido o registro de ágio decorrente das ações recebidas da TELESP, com fundamento econômico na perspectiva de rentabilidade futura, como se descreverá na Cláusula 3 abaixo.

A TELESP poderá oferecer referido contexto operacional, obtendo vantagem econômica do ágio referido, na medida em que a incorporação da DABR permitirá a **transferência do ágio e sua amortização na TELESP**, proporcionando o aproveitamento

do respectivo crédito tributário que corresponderá a uma efetiva diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social da TELESP, resultando em melhora do fluxo de caixa da Companhia.

A operação de incorporação da DABR e a amortização do ágio a ser registrado em conta de ativo diferido da TELESP, será estruturada de forma a evitar a transferência de qualquer endividamento à TELESP, bem como de forma a evitar qualquer impacto negativo nos resultados futuros da Companhia.

A TELESP absorverá demais itens que compõem o acervo líquido da DABR ocasionando em aumento de capital no valor de R\$ 281.894,93 (duzentos e oitenta e um mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), sem emissão de novas ações pela Telesp, resultando, portanto em ganho na valoração das ações de todos os seus atuais acionistas.

As administrações das Partes entendem, portanto, que a incorporação da DABR, pela TELESP, com a conseqüente extinção da DABR, atende aos interesses das Sociedades e seus acionistas e sócios, conforme o caso, e permitirá potencializar as sinergias mencionadas, racionalizar os riscos inerentes da gestão pelos seus administradores, simplificar a estrutura administrativa e societária, reduzindo custos, mas também conferindo oportunidade do benefício fiscal e melhora de fluxo de caixa para a Companhia, conseqüentemente, nos seus acionistas.

[...]

As evidências assim reunidas pela Fiscalização impõem a conclusão de que DABR representava mera extensão da conta Caixa da sociedade estrangeira Telefônica Datacorp, e quando não mais se justificou a segregação dos negócios mantidos sob TDBH, a incorporação destes por TELESP fez com que subsistisse no patrimônio de DABR, apenas, o ágio nele alocado pela investidora estrangeira, cuja destinação à atuada permitiria, no entender da recorrente, *o aumento de sinergias por TELESP, a redução do risco gerencial, simplificação da estrutura administrativa, bem como redução de custos*. Contudo, seguindo-se a incorporação de DABR pela atuada, esta passa a apropriar, em seu resultado tributável, os efeitos da amortização do custo de um investimento cuja titular é, em verdade, Telefônica Datacorp.

Em circunstâncias semelhantes, esta Conselheira já se manifestou contrariamente ao aproveitamento fiscal das amortizações, especialmente porque o ágio, como parcela do custo de um investimento, somente pode afetar o lucro tributável na baixa deste, aí incluída a extinção do investimento resultante de incorporação, quando esta se verifica entre investidora e investida. Se, como no presente caso, a real titular do investimento - Telefônica Datacorp - subsiste depois da incorporação de DABR pela atuada, é inadmissível a realização do custo do investimento contra o lucro da sociedade que, ao final das operações, figurou como incorporadora. As amortizações promovidas pela sociedade brasileira são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim da adquirente original do investimento.

Neste sentido são as razões assim consignadas no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

*Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio estão assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:*

Art. 23. [...]

**Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição,** nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. **(Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).**

[...]

Art. 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (negrejou-se)

*Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:*

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

*Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:*

#### **Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão**

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

*Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.*

*De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:*

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

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 visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

*Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:*

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

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

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

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

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

*No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):*

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

*Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.*

*Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.*

*Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento.*

*Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.*

*Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.*

*Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:*

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

*Significa dizer que embora transferido o ágio para a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.*

*Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.*

*Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:*

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

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

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

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

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

[...]

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.** (negrejou-se)

*Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.*

*Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.*

*Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:*

Art. 23. [...]

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

[...]

*Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

*IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*

[...]

*Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida. Nela, o autor Luis Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.*

*Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).*

*Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.*

*Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.*

*Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.*

E, embora no caso acima citado a sociedade estrangeira tenha primeiro adquirido o investimento com ágio para depois aportá-lo em uma sociedade brasileira que veio a ser incorporada pela investida, a inversão dos procedimentos em nada altera a conclusão no presente caso, como inclusive justificado em ponto posterior do voto acima referido:

*[...] Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.*

Frente a tais circunstâncias, em nada afetam a exigência as justificativas de caráter econômico, comercial, societário e financeiro apresentadas pela recorrente para criação da TDBH, versão do investimento em T-EMPRESAS de TELESP para TDBH e sua posterior reversão, assim como para a formação de ágio durante estas operações, mormente tendo em conta as disposições da Lei nº 6.404/76 (art. 170, §1º, inciso III, no aumento de capital de 2002, e art. 264, §4º, na incorporação de 2006). Ainda que se admita a regularidade destas operações, a sua efetivação a valor de mercado, a existência de desembolso financeiro para aquisição de investimento, a formação de ágio e a sua fundamentação em rentabilidade futura,

a real titular do investimento continuará sendo Telefónica Datacorp porque o trâmite escritural dos recursos correspondentes ao mencionado desembolso financeiro por no máximo algumas horas no patrimônio de DABR não se presta a firmá-la como adquirente do investimento com ele realizado.

Eventualmente este aporte transitório pode gerar facilidades no trâmite do processo de aquisição do investimento, certamente previamente acordado entre a alienante e a real adquirente, mas tal estrutura formal não pode ser oposta ao Fisco para reduzir o lucro tributável da empresa fiscalizada por uma despesa correspondente à realização de um investimento cujo valor permanece no ativo da real investidora, ou, caso efetivada a promessa de pagamento antes mencionada, no patrimônio da cessionária SP Telecomunicações, que na incorporação realizada em 2008, recebeu as ações da autuada em substituição à sua participação societária em DABR.

Admite-se, como diz a recorrente, que *as operações acima descritas não foram impulsionadas por objetivos fiscais, nem envolveram uma reestruturação sem qualquer objetivo negocial com vistas a unicamente à "criação de despesas que reduzissem seus resultados fiscais"*. Não há dúvida que o grupo empresarial pretendia adquirir investimento de terceiros, e é possível que parcela do valor pago representasse ágio. Todavia, *os efeitos tributários não foram uma decorrência natural dos atos jurídicos praticados*, porque a participação de DABR como veículo dos recursos destinados por Telefónica Datacorp para aquisição do investimento em FIGUEIRA permitiu, ao final das operações, criar um cenário no qual se pretendeu a indevida apropriação do custo desta aquisição no resultado da autuada.

Observe-se que, em memoriais formulados depois da apresentado este voto em sessão de julgamento, a contribuinte aduz que o ingresso de recursos em TDBH ocorreu por meio de AFAC porque o aumento de capital deveria ser precedido dos procedimentos previstos nos arts. 166 a 172 da Lei nº 6.404/76, mormente tendo em conta que a autorização para aumento do capital social de TDBH não permitira o aporte necessário para aquisição de FIGUEIRA. Por sua vez, o AFAC não foi promovido diretamente pelo investidor estrangeiro porque, *além do próprio desejo das partes no sentido de que o investimento fosse por intermédio de sociedade holding brasileira*, a Carta Circular nº 2487/1994 do BACEN não permitia o ingresso de recursos novos no País, destinados a AFAC. Ocorre que o fato de DABR ter se prestado a contornar a vedação assim estipulada pelo BACEN não pode ser admitida como justificativa para sua interposição nas operações em debate. Se a legislação aplicável não permitia o ingresso de recursos na forma pretendida pelo grupo empresarial, correto seria adiar ou negociar a aquisição pretendida e adotar as demais providências necessárias para que os recursos fossem destinados diretamente à TDBH em aumento de capital.

A recorrente também destaca, em tais memoriais, excerto do parecer emitido pelos Professores Eliseu Martins e Eric Martins, no qual se questiona *se o fato de uma controladora entregar dinheiro para sua controlada adquirir um investimento fizesse com que a controladora fosse a real adquirente do investimento, a entrega de dinheiro para aquisição de imóveis faria com que a controladora fosse a adquirente do imóvel, por isso seria indedutível a depreciação na controlada*. Tal comparação, porém, é imprópria, porque a controladora, no presente caso, não fez empréstimo à empresa nacional, mas sim aportou-lhe capital, de onde resulta que, no patrimônio da sociedade estrangeira passa a existir uma réplica do investimento escriturado na empresa nacional, na qual está contido o valor do ágio cuja amortização é debatida nestes autos.

Ainda, a recorrente confronta a conclusão desta Relatora de que DABR seria "mera extensão de caixa" da "real adquirente", aduzindo que os balanços e declarações de DABR evidenciam o desenvolvimento de atividades operacionais, com recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio, recolhimento de tributos, cumprimento de obrigações acessórias, dentre outros aspectos, assim incorrendo em despesas financeiras, administrativas, com pessoal, fornecedores, manutenção de ativo imobilizado, contratação de prestação de serviços. Todavia, como dito, na operação sob exame, DABR figurou como *holding* sobreposta à TDBH, esta sim *holding* do segmento de dados do grupo, e ao final abaixo de SP Telecomunicações, esta sim *holding* do grupo no Brasil. As justificativas apresentadas não afetam a conclusão de que, nas operações da qual decorre o ágio amortizado, a DABR apenas se prestou, de forma efêmera, como veículo dos recursos aportados pela real adquirente Telefônica Datacorp.

Assim, mesmo que as condições de mercado impedissem a manipulação de valores em operações envolvendo empresas de capital aberto, fiscalizadas por autoridades brasileiras e norte-americanas, bem como pelos acionistas minoritários, e com administradores sujeitos a responsabilização administrativa e penal, o fato é que a introdução de DABR no processo de aquisição não afetou os parâmetros da contratação, mas apenas a descrição do adquirente, detalhe suficiente para gerar a pretensa despesa em debate.

Quanto ao conteúdo do termo "aquisição" expresso no art. 385 do RIR/99, mesmo admitindo-se, como defende a recorrente, que ele engloba *quaisquer outras transações que resultem na aquisição de investimento em pessoa jurídica por outra, como as operações de troca, em que uma sociedade recebe novas ações de nova sociedade, em substituição do investimento extinto por incorporação de uma sociedade por outra, ou as situações em que determinada sociedade recebe recursos em subscrição de capital*, as operações realizadas entre empresas que estejam sob controle comum sempre demandam maior atenção para coibir procedimentos nos quais, como ilustra a Fiscalização, *a saída de dinheiro de um bolso para outro de uma mesma calça implique o reconhecimento de um custo que diminua a carga tributária de seu dono*. A autoridade lançadora, em tais circunstâncias, tem plena competência para desconsiderar estruturas artificiais e limitar os efeitos tributários àqueles admissíveis em razão dos contornos reais das operações, e assim regularmente procedeu no presente caso.

Considerando, ante o exposto, que o aporte promovido em favor de TDBH na data de 27/06/2001 não era de titularidade de DABR, mas sim de Telefônica Datacorp, e este aspecto da acusação fiscal é suficiente para sustentar a glosa promovida, na medida em que atribui a titularidade do investimento àquela sociedade estrangeira e infirma a *unificação do patrimônio da investida e da investidora*, desnecessário se mostra discutir a classificação do ágio como interno e a indevida importação de conceitos estrangeiros formados em contextos nos quais os balanços individuais das pessoas jurídicas não são a regra como no Brasil, ou abordar os demais argumentos da defesa em favor da regularidade do ágio surgido a cada aquisição de participação societária e contra a existência de *vedação legal ao reconhecimento e aproveitamento do ágio gerado em operações entre sociedades relacionadas*, e consequente impossibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 12.973/2014, bem como da Resolução CFC nº 1.157/2009 e Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007.

Irrelevantes, também, as abordagens acerca: 1) das normas tributárias ou societárias que obrigam as partes relacionadas a *negociar em bases comutativas mediante a adoção de valores de mercado*; 2) da possibilidade de tais operações resultarem em ganhos de capital tributáveis; 3) da confiabilidade da avaliação econômico-financeira elaborada por

consultoria contratada; e 4) dos questionamentos promovidos pelos acionistas minoritários. A real aquisição do investimento por Telefónica Datacorp torna inócua toda a argumentação da recorrente contrária à *fabricação de riqueza artificial dentro do mesmo grupo econômico*. E, ainda que a conclusão de Telefónica Datacorp ser a adquirente do investimento que gerou o ágio amortizado resulte, de fato, de presunção, os indícios que a sustentam são robustos e convergentes, pois nenhum conteúdo foi atribuído à pessoa jurídica DABR, e sua figuração é meramente formal no trâmite de recursos entre a Telefónica Datacorp e TDBH para aquisição do investimento em FIGUEIRA, e com tal característica ela permaneceu até sua extinção motivar as amortizações aqui em debate.

Esclareça-se, por fim, que o largo intervalo de tempo entre o investimento inicial e as repercussões tributárias não afastam a conclusão de que o grupo empresarial teria planejado as operações para, também, beneficiar-se das despesas aqui glosadas. A possibilidade de amortização fiscal do ágio é uma vantagem significativa, considerada em todas as aquisições de participações societárias promovidas a partir da edição da Lei nº 9.532/97, e assim também não foi ignorada no aporte de recursos da investidora estrangeira em 2001. Recorde-se que o grupo empresarial já possuía uma *holding* no Brasil, e se a figuração da empresa estrangeira como adquirente direta do investimento gerava alguma dificuldade para sua efetivação, bastaria que Telefónica Datacorp aumentasse o capital daquela *holding*, sem a desnecessária interposição de DABR, cuja atuação só se justifica para, em caso de eventual reestruturação societária, ser possível sua extinção e aproveitamento fiscal do ágio. Se, no momento do investimento inicial não era possível prever que esta reestruturação fosse acontecer, o fato é que sua ocorrência não poderia ser descartada, e assim as operações foram realizadas contemplando, também, esta hipótese. E, ainda que o conjunto de operações certamente não tenha sido realizado *com o fim único e exclusivo de buscar a economia fiscal*, o primeiro passo promovido, sem a intervenção de minoritários ou avaliação de órgãos reguladores - passagem dos recursos de Telefónica Datacorp por DABR - não evidenciou qualquer outro motivo senão o posterior aproveitamento fiscal do ágio.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao principal exigido a título de IRPJ, em razão das glosas promovidas.

Com referência à CSLL, a recorrente subsidiariamente alega a *inexistência de previsão legal para a adição*, à sua base de cálculo, *da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade lançadora*, reproduzindo ementas de julgados administrativos neste sentido, e observando que a vedação só foi criada com o art. 50 da Lei nº 12.973/2014, com efeitos a partir do ano-calendário 2015.

Todavia, como as constatações fiscais conduzem à conclusão de que o ágio não poderia afetar o lucro da autuada por integrar o investimento promovido pela sociedade espanhola Telefónica Datacorp, sua amortização resta inadmissível no próprio lucro contábil, referência primeira para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Logo, é desnecessária norma específica que determine a adição destes valores à base de cálculo daquela contribuição, como adiante se demonstrará.

Demais disso, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas *nos balanços correspondentes à apuração de lucro real*, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente

firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSSL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:

### *Subseção III*

#### *Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido*

##### *Da incorporação, fusão ou cisão*

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

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

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

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

*§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.*

*§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.*

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

*I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;*

*II - o inciso II do caput:*

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

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

*III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:*

*a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;*

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

*c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.*

*§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.*

*§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.*

*§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.*

*§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.*

*§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:*

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

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

*§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. (negrejou-se)*

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

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a exigência de CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a integrar o patrimônio da autuada após a reorganização societária em comento.

Assim, o presente voto também NEGA PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao principal exigido a título de CSLL, em razão das glosas promovidas.

Com referência à penalidade aplicada, a recorrente defende a *impossibilidade de simultaneamente atribuir caráter interpretativo à Lei nº 12.973 e manter a aplicação da multa de ofício*, porém este aspecto somente teria relevo se a exigência estivesse sendo mantida, exclusivamente, sob o fundamento de o ágio ter sido gerado internamente, característica que, como extensamente antes demonstrado, é irrelevante para a validação das glosas aqui promovidas.

Assim, o crédito tributário lançado foi, validamente, acrescido de penalidade. Porém, como aduz a recorrente, não se vislumbra, aqui, circunstâncias fáticas suficientes a

justificar sua qualificação, à semelhança do que também já decidido por esta Relatora no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

*Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.*

*Assim, resta comprovada a conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte, mas que no entender da Fiscalização seria, inclusive, hábil a justificar a qualificação da penalidade. Ocorre que, se de um lado não apenas as omissões de dados e informações constituem o dolo necessário para caracterização da fraude, verificando-se esta também quando o sujeito passivo constrói um cenário falso para aparentar a presença dos requisitos legais que autorizariam a dedução por ele pretendida, não é possível afirmar que a conduta da autuada, no presente caso, tenha alcançado estes contornos. O grupo empresarial buscou usufruir do que entendia ser um benefício fiscal constituindo empresa veículo para, a partir dela, formalizar uma incorporação que não realizou o objetivo final da lei, qual seja, a união patrimonial entre investida e investidora. De outro lado, porém, o ágio efetivamente existiu e foi pago pela empresa espanhola ao Estado Brasileiro, em procedimento licitatório, apenas não se verificando a incorporação entre investidora e investida, permanecendo o ágio representado no patrimônio da investidora espanhola.*

*Na medida em que somente a empresa espanhola detinha as condições necessárias para a aquisição, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem a ser considerada na decisão empresarial, não podendo ser posteriormente brandida com fundamento na igualdade entre os licitantes. Mas, interpretando de forma diversa a legislação, a contribuinte praticou os atos que reputou válidos para amortizar o ágio pago na aquisição do Banespa, atos que devem ser reprovados com a conseqüente exigência do crédito tributário. Contudo, não se vislumbra dolo suficiente à caracterização da fraude tributária, na medida em que o ágio existe e foi pago em procedimento licitatório, à semelhança de outros casos práticos que ensejaram o aproveitamento do disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/97, a motivar a equivocada interpretação da contribuinte.*

No presente caso, o grupo empresarial interpretou que o trâmite de recursos por uma pessoa jurídica brasileira permitiria classificá-la como titular do investimento e do ágio correspondente, e cogitar da amortização deste ativo em caso de futura reestruturação societária. Vislumbrou na lei tributária um benefício fiscal do qual poderia se beneficiar e planejou as operações societárias ajustando-as também a esta hipótese, mas tudo por meio de atos regularmente formalizados, e que se destinaram efetivamente à aquisição de um novo investimento.

Neste contexto, como aduz a recorrente, a discussão cinge-se à possibilidade ou não de dedução fiscal dos valores relativos à amortização do ágio gerado, e não se vislumbra fraude ou condutas dolosas que autorizem a duplicação do percentual previsto para cálculo da multa de ofício.

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir a qualificação da penalidade.

Por fim, a aplicação de juros de mora incidentes sobre a multa de ofício se impõe consoante as razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539:

*Com a devida vênia, ousou discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.*

*De fato, como bem destacado pelo relator, - o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.*

*Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.*

*Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.*

*Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.*

*No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."*

*Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:*

*"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 74).*

*Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.*

*O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu - vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.*

*Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.*

*De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."*

*Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:*

*"Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória*

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.*



pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

*Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."*

*Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.*

*Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.*

*A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:*

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 04/12/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008

Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.
2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.
3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).(g.n)

*No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:*

**Súmula CARF nº 4:** A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórias incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

*Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte e DAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional para considerar aplicável a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, devidos à taxa Selic.*

Ademais, recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se neste sentido, como exposto na ementa do acórdão proferido em sede de AgRg no REsp 1.335.688-PR (Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012):

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a**

*Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido.*

Colhe-se do respectivo voto condutor:

*[...] Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: '... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.'"*

Assim, também deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora