



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

**Processo n°** 16561.720180/2014-38  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-002.740 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de setembro de 2017  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** CLARO S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

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

**ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.**

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas *empresas veículo*, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.

A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.

Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de *empresas veículo* e a chamada *incorporação reversa*, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.

A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida

através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.

Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da *rotulação* das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

#### **TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

#### **MULTA QUALIFICADA.**

Não se pode admitir a qualificação da multa de ofício, quando a autuação apenas repete os mesmos fundamentos utilizados para a lavratura das infrações principais. Para se aplicar a qualificação da pena, deve restar comprovado e devidamente enquadrada nos autos a conduta de cada uma das partes envolvidas na lide tributária em uma das hipóteses previstas nos respectivos dispositivos legais que tratam do assunto.

Quando a fiscalização não comprova e não enquadra precisamente a prática do ato em uma das hipóteses específicas previstas em lei, deve ser afastada a qualificação da multa.

#### **LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL.**

A solução do litígio principal, relativa ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando houver fatos ou argumentos idênticos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em , rejeitar a preliminar de nulidade. Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a exigência referente à amortização dos ágios indicados nos itens 3.2; 3.5 e 4.4 do Termo de Verificação e reduzir a multa ao percentual de 75% em relação à exigência referente aos ágios indicados nos itens 3.3; 3.4 e 4.1. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira que votaram por dar provimento em maior extensão para cancelar integralmente as exigências referentes aos ágios indicados nos itens 3.2; 3.3; 3.4; 3.5; 4.1; 4.2; 4.3 e 4.4 do Termo de Verificação. Designado o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto. Declarou-se impedido o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella

## Relatório

Trata-se de julgamento de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão da DRJ que julgou totalmente procedente o Auto de Infração.

Foram lavrados Autos de Infração do IRPJ e reflexos na CSLL, com multa de ofício agravada (150%), exigindo um crédito tributário de R\$ 1.582.509.038,43, consolidado na data da lavratura dos autos, em razão de o Recorrente ter, a partir do ano-calendário de 2008, excluído do Lucro Líquido e da Base de Cálculo da CSLL, ágios gerados por diversas reorganizações societárias ocorridas até o ano de 2005, levadas a cabo pelos controladores da Claro S/A (anteriormente denominada BCP S/A).

Segundo o TVF, a impugnação e o v. acórdão da DRJ, o grupo América Móvil adquiriu ao longo do tempo diversas operadoras de telefonia, que já se encontravam inseridas em estruturas societárias formadas por seus investidores originários, como o grupo Algar, nos casos da TESS e ATL, com quem o grupo América Móvil (por meio da Telecom América Ltda - situada nas Bermudas e AM Latin América LLC - situada em Delaware) veio a se relacionar para adquirir as respectivas participações societárias.

De acordo com o TVF de fls. 1631 a 1717, os ágios foram contabilizados nas empresas ATL – Algar Telecom Leste S/A e na TESS S/A, incorporadas pelo contribuinte em 31/12/2005. Essas duas empresas começaram a ser adquiridas pelo grupo América Móvil (detentor da marca Claro no Brasil) em 2001 mediante operações societárias e devido a impedimentos regulatórios adquiriu o controle das operacionais em 2004.

As operações societárias e a aquisição das operacionais TESS e ATL podem ser descritos de forma resumida em três momentos:

1º momento - Operações realizadas em 1999 pelo Grupo Algar, pelo grupo Willians Internacional e pelas empresas SBC Internacional Brazil Holding Ltda e Telmex Wirelws Brazil LLC, antes da entrada da América Móvil (Telecom Américas) no Brasil. (itens 3.1, 3.3 e 3.4 do TVF).

Aqui foram realizados aumentos de capital nas empresas JOHI e SÂNDALO pela Algar Telecom S.A. (anteriormente denominada Lightel), com ações da ATL, registrando ágio com base na lucratividade futura da ATL. Tais operações tiveram por objetivo a alienação de parte das ações da ATL, que eram de propriedade da ALgar para o grupo Williams Internacional. E também aumentos de capital nas empresas Sândalo e ATL Participações pela empresa SBCI Participações (controlada indiretamente pelas epmresas SBC Internacional Brazil Holding Ltda e Telmex Wireles Brazil LLC), registrando ágio com base na lucratividade futura da ATL, conforme atestado em laudo formalizado por empresa independente, KPMG.

2º momento - Operações realizadas entre 2001 e 2003, quando o grupo América Móvil ingressa no Brasil com intenção de investir na ATL e TESS.

Nesse momento, contudo, segundo a legislação de telecomunicações e impedimentos da ANATEL o grupo não poderia adquirir o controle (direto ou indireto) das empresas, mas necessitava disponibilizar recursos para garantir o desenvolvimento econômico das empresas operacionais, que segundo a Recorrente demandavam alto investimento, como todas as demais empresas do setor.

Nesse momento, algumas das operações realizadas registraram ágio com base na expectativa de rentabilidade futura da ATL e da TESS (itens 3.2, 3.5, 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4 do TVF).

3º momento - Operações realizadas entre 2003 e 2004, quando o grupo América Móvil foi autorizado a assumir o controle indireto da ATL e da TESS. (passa o controle do Grupo Algar e Telia para o Grupo América Móvil).

Nesse momento, segundo a Recorrente, o grupo decidiu enxugar a estrutura societária adquirida (que constava com mais de 10 holdings e 7 empresas operacionais, dentre elas a ATL e a TESS), para fins de governança corporativa, desburocratização de investimentos, redução de custos e aumento de sinergias.

Assim as holdings investidoras foram incorporadas pelas empresas operacionais investidas que, como consequência, passaram a reconhecer em suas contabilidades os ágios registrados em momento anterior.

Em seguida, foi criada uma única nova holding, para facilitar o controle e os investimentos pela América Móvil (Telecom América) e a partir daí as empresas operacionais foram concentradas em uma única empresa, com maior representatividade no mercado nacional, a CLARO, ora Recorrente.

A partir dessas operações a Recorrente passa a amortizar o ágio, e tal amortização passa a ser passível de dedução para fins de IRPJ e CSLL.

Conforme exposto anteriormente, as presentes autuações decorrem da glosa das despesas de amortização dos ágios registrados na aquisição de empresas de telecomunicações no Brasil pelo grupo América Móvil e na posterior reorganização societária empreendida pelo grupo com a finalidade de agrupar em uma única empresa operacional todas as operadoras adquiridas na última década, nomeadamente: TESS S.A. (doravante denominada "TESS"), ATL - Algar Telecom Leste S.A. (doravante denominada "ATL"), Americel S.A. (doravante denominada "Americel"), BSE S.A. (doravante denominada "BSE"), Stemar Telecomunicações Ltda. (doravante denominada "STEMAR"), Telet S.A. (doravante denominada "TELET"), BCP S.A. (denominação da RECORRENTE à época) e as respectivas holdings de cada operadora.

No contexto da referida reorganização societária, foi conferido aos ágios registrados na aquisição de participações societárias na ATL e na TESS o tratamento dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que autorizam, nos casos de incorporação, fusão ou cisão da empresa investida e da empresa investidora, que o produto da amortização do ágio, desde que tenha como fundamento a rentabilidade futura do investimento adquirido, seja computado

no lucro real da empresa resultante da operação societária à razão de 1/60, no máximo, por mês. Note-se que as autuações fiscais trataram exclusivamente das operações envolvendo as aquisições da ATL e da TESS - nas demais aquisições não foi registrado ágio.

Não obstante, o i. fiscal autuante entendeu que a reorganização societária empreendida teria como único objetivo “*realizar operações de incorporação de suas empresas veículos com o único propósito de aproveitar, indevidamente, o ágio fiscal, buscando desta forma, reduzir o IRPJ e a CSLL por meio de exclusões das bases tributáveis desses tributos.*”, configurando fraude, nos termos § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 72 da Lei nº 4.502/64. Para a Fiscalização, “*não haveria a menor possibilidade de se aproveitar os ágios que foram gerados pela aplicação de recursos nas empresas ATL Telecom Leste S.A. e TESS S.A., operadoras de serviços de telefonia no Brasil, incorporadas posteriormente pela Claro S.A., uma vez que, os reais adquirentes das empresas, estavam e estão domiciliados no exterior.*”

Esse entendimento foi corroborado pela decisão de 1ª instância, estando nela consignado que “[a] maneira complexa como todo o processo de aquisição do controle acionário da TESS e da ATL foi realizado, com a constituição de empresas para o fim único de geração de ágio (empresas veículos), operações casa/descasa, capitalizações com ações do próprio grupo econômico (geração de ágio interno), fusões, cisões e incorporações, revela uma verdadeira rejeição ao pagamento do tributo em proveito único da própria pessoa jurídica e em detrimento à (sic) toda a sociedade”.

Da leitura do Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que o i. fiscal autuante partiu das seguintes presunções e chegou às seguintes conclusões para justificar a lavratura dos autos de infração:

#### 1 - Fatos e presunções

(i) a entrada do grupo América Móvil, em 2001, e os aportes de capital nas empresas TESS e ATL, foram realizados através de empresas veículos no Brasil;

(ii) antes dessas aquisições, algumas das empresas envolvidas já carregavam em suas contabilidades vários ágios gerados em operações societárias anteriores (ocorridas entre 1999 e 2001), mas sempre originários de interposição de empresas veículos;

(iii) a *Telecom Americas Ltd.* iniciou seus investimentos na TESS através da capitalização da TAB, que posteriormente aportou tais valores na TESS, a título de adiantamentos para futuros aumentos de capital (“AFACs”) convertidos em aumento de capital da TESS em 2004;

(iv) o mesmo ocorreu em relação à ATL, quando a *Telecom Americas Ltd.* passou a capitalizar as empresas Sândalo e Johi que, posteriormente, aportaram tais valores na ATL a título de AFACs, convertidos em aumento de capital em 2004;

(v) as empresas operacionais ATL e TESS não podiam incorporar as empresas veículos (holdings) em virtude da norma contida no Decreto nº 2.617/98, que veda que empresas estrangeiras controlassem diretamente empresas brasileiras que detenham concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações;

(vi) a solução encontrada seria a constituição de uma nova holding no Brasil que controlasse diretamente a empresa veículo original, a qual, posteriormente, seria incorporada pela empresa operacional (ATL e TESS), permitindo o aproveitamento do ágio nela contabilizado;

(vii) ao final de 2005, a CLARO incorporou a ATL e a TESS, assumindo todos os ágios nelas contabilizados e, após, começou a amortizá-los tributariamente, por meio de exclusões das bases tributáveis do IRPJ e da CSL.

## 2 - Conclusões

(i) o real adquirente da participação societária das empresas operacionais (TESS e ATL) são as empresas estrangeiras, mais especificamente *Telecom Americas Ltd.* e *AM Latin America, LLC*;

(ii) não há a possibilidade do ágio contabilizado nas empresas holdings (veículo) ser aproveitado tributariamente no Brasil;

(iii) não se verifica, no caso, a confusão de patrimônios exigida pelo art. 386 do RIR como condição essencial para o aproveitamento fiscal do ágio, eis que, após a reorganização societária, a real adquirente sediada no exterior não incorporou as empresas brasileiras operacionais, nem foi por ela incorporada. Aliás, nem poderia;

(iv) a incorporação da empresa veículo teve como único propósito aproveitar o ágio tributariamente sem, contudo, atender a condição básica prevista no artigo nº 386 do RIR, ou o previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Após a narração dos fatos acima, podemos resumir que os pontos principais da acusação estão pautados na impossibilidade de amortização de ágio, devido ao entendimento da fiscalização de que os reais adquirentes são empresas situadas no exterior e que por isso não ocorreu a confusão patrimonial, requisito necessário e previsto no artigo 386 do RIR/99, bem como que as empresas denominadas veículo não tinham propósito comercial e motivação extrafiscal para sua criação.

Para o item 3.1 e parte do item 3.3 a fiscalização incluiu também a acusação de ágio gerado internamente, por empresas interdependentes, do mesmo grupo.

Importante salientar que, apenas em relação às operações de ágio da SÂNDALO (item 3.3 - fl. 49 do TVF), a acusação além de se fundamentar em ágio interno, também aponta falta de substrato econômico, devido à Nota Promissória no valor de R\$ 268.963.927,33 nunca ter sido paga e sim ter sido extinta por meio de confusão patrimonial, quando da incorporação pela SBCI Participações em 31/12/2003 (pertencente ao grupo Telecom Americas desde 24/08/2001 – p. 59 do TVF).

Isto é, segundo a Fiscalização, a devedora (SBCI Brasil Participações Ltda.) da Nota Promissória incorporou a credora (Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda) e o referido título de crédito passou a fazer parte do ativo da SBCI Participações, sem ter sido liquidada.

Em relação ao restante das aquisições de participações societárias com pagamentos feitos por meio de aumento de capital, AFACs ou Notas Promissórias e cheques, a Fiscalização não contesta o pagamento do ágio.

Resumidamente, consta no TVF além das acusações principais, acusação de ausência de pagamento para uma das operações de ágio (item 3.3), ágio interno para os itens 3.1 e 3.3 e para o restante dos itens que se referem a glosa dos ágios, devido à utilização de empresas veículo sem motivação extratributária, com falta de propósito negocial, ausência de substância e inexistência de confusão patrimonial, devido as verdadeiras adquirentes estarem situadas no exterior.

Também de forma resumida, a Recorrente, por sua vez, alega em sua impugnação o seguinte:

A interessada apresentou impugnação, alegando que o grupo América Móvil adquiriu ao longo do tempo diversas operadoras de telefonia, que já se encontravam inseridas em estruturas societárias formadas por seus investidores originários, como o grupo Algar, nos casos da TESS e ATL, com quem o Grupo América Móvil veio a se relacionar para adquirir as respectivas participações societárias.

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

Nesse contexto, as diversas reorganizações societárias seriam decorrência da estrutura societária existente e da quantidade de empresas vendedoras envolvidas. Muitas das holdings utilizadas sequer foram criadas pela CLARO, que, assim que a legislação e a regulação do setor permitiram, procurou enxugar e simplificar a estrutura existente, com o objetivo de consolidar nacionalmente sua marca, racionalizar os custos envolvidos com a manutenção de diversas sociedades, incrementar sinergias e otimizar a prestação do serviço e principalmente o atendimento aos usuários.

Não nega que o objetivo do grupo América Móvil fosse, em última instância, adquirir as empresas ATL e TESS, por se tratar de empresas operadoras de telefonia móvel, com atuação em áreas estratégicas do mercado brasileiro. Porém diz que a negociação acabou por envolver toda a cadeia de sociedades que integrava a estrutura societária daquelas empresas, “como uma condição para a conclusão do negócio”. Quer dizer, o processo de

aquisição das empresas ATL e TESS implicava inexoravelmente na aquisição das holdings que detinham as participações nas referidas empresas.

Diante da necessidade dessas operadoras de vultosos recursos para desenvolver suas atividades de um lado, e da proibição regulatória de a recorrente exercer controle, mesmo indireto, sobre elas, o caminho concebido para se permitir a capitalização da TESS sem que fosse caracterizada alteração de seu controle acionário, foi a celebração de contratos de adiantamento para futuro aumento do capital social (“AFACs”) da TESS pela TELECOM AMÉRICAS BRASIL LTDA.-TAB. Esta sociedade era uma holding que foi constituída no Brasil pelo grupo América Móvil com o objetivo de controlar os investimentos da Telecom Américas Ltd. (TAL) no País, tendo os recursos aportados via AFAC na TESS sido objeto de prévio aporte no capital da (Telefonica América Ltda.) TAL na TAB (Telefônica América Brasil) via capital direto.

Isto é, a TELECOM AMÉRICAS LTD., CNPJ nº 05.628.218/0001-09 (do grupo América Móvil), sociedade organizada e existente de acordo com as Leis das Bermudas, durante os anos de 2001 a 2004 enviava recursos à TELECOM AMÉRICAS BRASIL LTDA.-TAB, a título de aumento de capital, e esta, imediatamente repassava a quase totalidade para a TESS S.A. como adiantamento para futuro aumento de capital - AFAC. (Docs. 27 e 27A a 27I 28 e 28A a 28D 29 e 29A a 29F Doc.30 – TVF p. 80)

Em relação à ATL - Algar Telecom Leste, afirma que o processo de aquisição se deu, em linhas gerais, de forma bastante similar ao processo da TESS, que ao final do ano-calendário de 2000, depois de diversas operações realizadas nos anos de 1999 e 2000, encontrava-se com seu capital social distribuído entre as empresas Algar Telecom Participações (ATL Participações), controlada pela Algar; Sândalo (controlada pela SBC Internationals, Inc.); JOHI e Williams International ATL Limited.

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

A partir de então, procedeu-se a uma série de cisões e incorporações para simplificar a estrutura societária do grupo, estabelecendo a Claro Participações como holding do grupo Telecom Américas Ltd. situada no Brasil.

Diante disso, a Recorrente entende demonstrado que os ágios decorreram das circunstâncias dos negócios celebrados entre o grupo América Móvil e as empresas vendedoras (ATL e TESS), quando foi verificada uma expectativa de rentabilidade futura da ATL e da TESS, que justificava o pagamento de ágio na aquisição da participação societária; que não houve qualquer vantagem fiscal obtida com a reestruturação implementada no grupo Claro que não adviria de uma operação de incorporação direta, a qual somente não ocorreu por razões de caráter societário, regulatório e pelas circunstâncias comerciais das negociações; que nas aquisições da BCP, Americel, Telet e BSE não foi registrado ágio e por fim, houve a incorporação de empresas que possuíam prejuízos fiscais, a **ATL, TESS, TELET, BSE, Stemar e Americel. Tenta demonstrar que não é verdade a acusação fiscal de que a Recorrente só queria obter vantagem fiscal, eis que não teria efetuado as reorganizações societárias da forma que fez, já que, ao incorporar as empresas operacionais houve outras perdas de cunho econômico/fiscal, como por exemplo, abrir mão de marcas já**

**consolidadas no mercado e não poder aproveitar dos vultosos prejuízos fiscais acumulados por tais empresas (aproximadamente R\$ 350 milhões) que poderiam ter sido aproveitados caso a operação tivesse ocorrido da forma sugerida pelo Agente Fiscal. (vide doc. 17 da impugnação).**

Ademais, alega que antes da Lei 12.973/2014 não existia vedação legal para o aproveitamento fiscal do ágio interno; que não houve planejamento abusivo; que não cabe o agravamento da multa de ofício.

Ato contínuo, a DRJ julgou a impugnação totalmente improcedente, conforme ementa abaixo:

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

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

*IRPJ/CSLL - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO*

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

*IRPJ/CSLL - MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO*

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

Em seguida, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, reiterando as razões da peça impugnatória e acrescentando a postulação de nulidade da decisão recorrida por inovação no fundamento da autuação contrariando os artigos 145 e 146 do CTN.

De todas as alegações relativas à inovação do critério jurídico do v. acórdão da DRJ, a única que verifiquei foi a relativa ao Laudo da KPMG para verificar a rentabilidade futura. (Doc. 18 da impugnação).

A D. Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário, clamando pela manutenção integral do Auto de Infração.

Segue a lista com os ágios apontados pela Fiscalização:

DESTINO	ORIGEM	DATA	ÁGIO CONTABILIZADO	ÁGIO FISCAL UTILIZADO
TESS	TELECOM AMÉRICAS BRASIL LTDA.(IPÊ PARTICIPAÇÕES)	09/04/2001	221.271.288,60	120.681404,99
TESS	TEL PARTICIPAÇÕES S.A.	12/03/2001	138.726.191,51	153.505.206,50
TESS	ERILINE CELULAR(Incorporada de Tel Investimentos S.A.	21/03/1998	47.166.932,68	49.283.136,72
TESS	IPÊ PARTICIPAÇÕES S.A.	28/10/2004	1.117.580.993,00	1.003.653.960,33
TESS	TEL PARTICIPAÇÕES(Riesling)	20/02/2001	18.064.617,00	-
TESS	TEL INVESTIM. LTDA.(Riesling)	28/02/2001	60.076.672,99	-
TESS	ERILINE CELULAR S.A.(Riesling)		49.590.497,13	-
ATL	JOHI REPRESENTAÇÕES LTDA.	23/03/1999	324.057.272,88	279.320.721,14
ATL	JOHI REPRESENTAÇÕES LTDA.	30/09/2004	814.559.582,00	903.231.375,97
ATL	SÂNDALO PARTICIPAÇÕES S.A.	30/11/1999	6.488.000,00	6.487.574,93
ATL	SÂNDALO PARTICIPAÇÕES S.A.	30/09/2004	394.204.367,00	479.091.708,44
ATL	SBCI BRASIL PARTICIPAÇÕES SA	29/12/1999	262.637.185,33	112.561.401,56
ATL	SÂNDALO PART.(SBCI BRASIL PARTICIPAÇÕES)	29/12/1999	558.738.118,50	390.380.130,85
			<b>4.013.161.719,52</b>	<b>3.498.196.621,43</b>

Cumprando ressaltar que conforme Autos de Infração, o prejuízo fiscal foi compensado, reduzindo o crédito lançado de ofício.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, foi interposto por signatário com poderes de representação, está corretamente endereçado, não contraria Súmula deste E. Tribunal, versa sobre matéria de competência para julgamento desta C. Turma Ordinária e preenche todos os demais requisitos legais, motivo pelo qual deve ser admitido.

Preliminares:

### **Do pedido de suplente para compor o quorum de julgamento da sessão e garantir a paridade:**

A Recorrente juntou aos autos petição de fl. 3809 solicitando um suplente para o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, que se declarou impedido de julgar o recurso interposto nos autos do processo em epígrafe.

Tal alegação não deve ser acolhida, eis que na sessão constava mais Conselheiros do que o previsto no Regimento deste E. Tribunal como quorum mínimo para que se tenha julgamento.

Sendo assim, afasta o requerimento da Recorrente feito na petição de f. 3809 e passo a julgar o Recurso Voluntário.

### **Da alegação feita pela Recorrente de que o v. acórdão recorrido inovou o lançamento:**

Ao analisar o v. acórdão recorrido, com exceção do fundamento da DRJ de que o laudo elaborado pela KPMG para comprovar a expectativa de rentabilidade futura não seria da época das operações que geraram o ágio para o item 3.3 do TVF, não verifiquei nenhuma outra possível inovação no lançamento do julgado "*a quo*".

O v. acórdão analisou todas as alegações postas na impugnação e no Termo de Verificação Fiscal e acrescentou o fato de que o laudo da KPMG foi produzido posteriormente, em 2005 (fl. 47), sendo que as operações ocorreram antes, em sua maioria em 2001.

Vejamos a parte do acórdão que fundamentou a não aceitação do laudo pela DRJ:

*O contribuinte não apresentou prova de que o ágio desembolsado em 09/04/2001 foi pago sob a perspectiva da*

*rentabilidade futura da TESS S.A. O laudo firmado pela KPMG data de 23/12/2005 e foi elaborado com o intuito de identificar que parcela dos ágios gerados nesse ano poderão ser justificadas pela rentabilidade futura da Empresa, permitindo à Administração da TESS fundamentar a dedução dos ágios, partindo da situação financeira da TESS em 31/12/2004 e projetando a rentabilidade até 2014.*

Apesar da constatação dos julgadores "*a quo*" de que o laudo não teria sido produzido exatamente na época do desembolso do ágio, tal fato não foi abordado no Termo de Verificação Fiscal e nos Autos de Infração..

Ou seja, de fato não foi contestada pela Fiscalização no momento da lavratura dos Autos de Infração a elaboração do laudo em momento posterior ao desembolso do ágio/pagamento.

Entretanto, a Recorrente quando ofereceu a impugnação produziu argumentos de defesa e juntou o laudo aos autos, no intuito de fundamentar sua alegação de que tinha respeitado todos os requisitos previstos em lei para amortização do ágio, neste ponto, mais precisamente, a expectativa de rentabilidade futura, que não foi questionada pela fiscalização.

Sendo assim, frente ao histórico fático acima narrado, entendo que não ocorreu inovação no lançamento quando da prolação do v. acórdão recorrido. O que ocorreu, na realidade, foi a manifestação/motivação dos julgadores em relação a uma alegação feita pela Recorrente em sua impugnação.

Ou seja, de fato no TVF não foi abordado qualquer assunto em relação ao laudo; mas o v. acórdão comentou sobre o laudo para fundamentar as razões de decidir dos Julgadores da DRJ em relação a uma alegação e prova trazidas aos autos pela Recorrente em sua impugnação.

Esta motivação/fundamentação dos Julgadores para desconsiderar o laudo, foi pautada no sentido de que o estudo foi feito em momento posterior ao desembolso do ágio.

Assim, não verifico que o v. acórdão inovou o lançamento, o que ocorreu, na realidade, foi a resposta a uma alegação e à uma prova juntada em sede de impugnação da Recorrente, sob pena de cerceamento ao direito da contribuinte e nulidade do julgado "*a quo*".

Em relação às alegações de que ocorreu inovação do lançamento quanto aos pontos de que o ágio foi gerado internamente, que a real adquirente da TESS e ATL era o grupo América Móvel e que as operações societárias realizadas pela Recorrente visaram contornar o tratamento fiscal do ágio (possibilitar a amortização do ágio), entendo que não merecerem ser providas, eis que todos estes pontos foram abordados na acusação fiscal.

**Da alegação da Recorrente de que o argumento utilizado pela DRJ no v. acórdão recorrido sobre o laudo não ser contemporâneo ao desembolso do ágio não poder ser reconhecido por esta C. Turma do E. CARF/MF:**

Como dito acima, o TVF de fato não apresentou qualquer fundamentação sobre o laudo de expectativa de rentabilidade futura ser produzido posteriormente ao desembolso do ágio. A acusação não abordou este ponto.

A discussão em relação ao laudo veio aos autos trazida pela Recorrente em sede de impugnação, apenas para corroborar com a fundamentação de que tinha cumprido todos os requisitos para gozar do benefício da amortização do ágio.

Tal fato, a meu ver, demonstra a boa-fé da Recorrente, o intuito de demonstrar a legalidade das operações praticadas e a intenção de corroborar com a fiscalização na apuração da legitimidade do crédito ora em discussão, não sendo jurídico que este argumento seja utilizado como único fundamento para manter o lançamento de ofício.

Assim, entendo que o requerimento da Recorrente para desconsiderar o fundamento do v. acórdão de que o laudo apresentado era extemporâneo deve ser provido, eis que não foi albergado pela acusação fiscal.

#### **Passo a análise do mérito:**

A Fiscalização constatou e registrou no TVF as formas de operações societárias que segundo a acusação propiciaram o aproveitamento do ágio de forma indevida.

O resumo da acusação e da interpretação do Fiscal em relação aos fatos ocorridos pode ser visto nas fls. 10/28 do TVF, onde foram narrados exemplos hipotéticos de operações que foram contestadas; ou melhor dizendo; não foram aceitas.

Basicamente, neste resumo da acusação a fiscalização aponta a criação de empresas holdings, sem propósito comercial, apenas para possibilitar a incorporação das empresas veículo (também holdings, onde estão registrados os ágios) pelas empresas operacionais brasileiras, possibilitando assim amortizar o ágio.

Ou seja, as empresas situadas no exterior, remetiam recursos para a empresa holding inicial brasileira (empresa veículo), que em seguida remete os recursos a título de AFAC (adiantamento para futuro aumento de capital) para a empresa operacional (ATL e TESS), gerando o ágio na empresa holding inicial.

Em seguida é criada uma outra empresa holding que passa a controlar a holding inicial que está com o ágio.

Ato contínuo, a empresa controlada operacional incorpora a primeira empresa holding controladora com o ágio (incorporação reversa).

Face esta interpretação, a fiscalização afirma que as reais adquirentes são as empresas situadas no exterior e que por isso não ocorreu a confusão patrimonial exigida no artigo 386 do RIR/99.

A Fiscalização também descreve hipoteticamente operações societárias com ágio, que ocorreram antes do grupo América Móvel ingressar no capital da ATL e TESS (fls. 16/20), que são muito parecidas com a acima narrada e também envolvem pagamentos por meio de notas promissórias e cheques.

Em seguida, às fls. 21/28 a fiscalização começa a descrever os casos concretos dos ágios que foram adquiridos pela Recorrente quando da incorporação das empresas ATL Telecom Leste S.A. e TESS.

À partir da fl. 29 do TVF, o agente autuante começa a descrever as operações de aquisição da ATL Telecom Leste S.A. (item 3, com início às fls.29 do TVF) e da TESS S.A. (item 4 com início nas fls. 68 do TVF).

Sendo assim, passo a analisar os ágios criados antes da operação de aquisição da ATL (itens 3.1, 3.3 e 3.4 do TVF), que posteriormente foram carregados para a Recorrente, juntamente com os ágios gerados nas operações de aquisição da ATL pelo Grupo América Móvel (pela Telecom América), em seguida pela Recorrente, com a conseqüente amortização.

**Vejamos o ágio na JOHI decorrente de aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A, do item 3.1 do TVF:**

Ágio da JOHI decorrente de aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A..

A JOHI Representações foi criada em 1999, tendo como sócias duas pessoas físicas, na qualidade de contadores, com capital de R\$ 1.000,00.

Em 23 de março de 1999, os dois sócios pessoas físicas transferiram todas as suas quotas para a pessoa jurídica Lightel S/A Tecnologia de Informação e para a pessoa física Aristeu da Silva Grillo, ficando do capital de R\$ 1.000,00, apenas 1 quota para Aristeu e 999 quotas para Lightel.

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

Ou seja, a Lightel tinha aproximadamente 100% de participação na JOHI e 70% das ações ordinárias na ATL Algar.

Em 23/03/1999, mesma data da constituição da JOHI, a Lightel subscreve um aumento de capital na JOHI, integralizando 500.850.000 quotas a R\$ 1,00, com 4.971.050 ações da ATL Algar Telecom Leste S/A (posteriormente a denominação foi alterada para ATL Telecom Leste S.A.), sendo 899.523 ações ordinárias e 4.071.527 ações preferenciais.

A JOHI Representação passou a ter o capital dividido entre a Lightel (99% das quotas) e a pessoa física Aristeu da Silva Grillo (1% das quotas).

A JOHI Representações ficou com 19% de ações ordinárias e 43% de ações preferenciais da ATL Algar Telecom.

Decorrente dessa subscrição, a JOHI Representações Ltda, segundo informações da Fiscalizada (Claro), contabilizou um ágio de R\$ R\$ 324.057.272,88, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, suportado por um laudo de avaliação da ATL, elaborado em dezembro de 2005 pela KPMG, com data base de 31/12/1999 (Doc. 34).

Desse montante, também conforme a Fiscalizada, apenas o valor de R\$ 279.320.721,14 foi utilizado para fins fiscais (fls. 32/33 do TVF).

Conforme constatado pela fiscalização, em tal operação foi atribuído um valor acima do patrimonial para as ações da ATL utilizadas no aumento de capital da JOHI.

Resumidamente, a operação pode ser assim descrita: a JOHI emitiu e entregou 500.850.000 quotas à Lightel e recebeu 4.971.050 ações da ATL.

Ao contabilizar o investimento, a JOHI lançou R\$ 500.850.000 na conta Capital, tendo como contrapartidas os valores de R\$ 221.529.278,83 e R\$ 279.320.721,17, lançados em seu ativo, como Investimento e Ágio, respectivamente.

Assim, pode-se afirmar que a Lightel recebeu R\$ 500.850.000,00 pelas 4.971.050 ações da ATL, cujo custo foi de R\$ 221.529.278,83.

Cada ação da ATL foi avaliada em R\$ 100,75 (R\$ 500.850.000,00/4.971.050).

O custo unitário foi de R\$ 44,5639 (R\$ 632.940.796,66/14.203.000).

Ao receber as ações da ATL Algar Telecom Leste S.A. por um valor superior ao PL contábil desta, a JOHI registrou um ágio consoante o artigo 385, do RIR/99.

Assim, a composição societária da ATL Algar Telecom ficou da seguinte forma:

A Lightel ficou com 51% das ações ordinárias e 35% das ações preferenciais, SKTC e LLC com 30% das ordinárias e 10% das preferenciais, Williams Internacional Telecom Ltda com 20% das preferenciais, a JOHI Representações Ltda (empresa da Willinas Internacional Telecom Ltda) e o Conselho de Administração com 19% das ordinárias e 35% das preferenciais e o capital da ATL ficou em R\$ 568.120.000,00.

Em 26 de março de 1999, Lightel e Aristeu se retiraram do quadro societário da JOHI, transferindo suas quotas à Williams International ATL Limited e à Williams International Telecom Limited, sociedades organizadas sob as leis de Cayman Islands (Doc. 07).

Aristeu transferiu sua única quota, a R\$ 1,00, para Williams International Telecom Limited e a Lightel transferiu suas 500.850.999 quotas para Williams International ATL Limited, mediante quitação da dívida que a Lightel tinha com ela, no valor de R\$

435.875.000,00, mais um pagamento em dinheiro de R\$ 26.152.500,00, totalizando R\$ 462.027.500,00.

Assim, face aos fatos acima narrados, acompanho o entendimento da fiscalização em relação a este tópico, eis que se trata de ágio interno. Vejamos.

A Lightel, detentora de 99,9% do capital da JOHI, efetua uma reavaliação econômica do seu investimento na ATL e utiliza-se desse resultado para aumentar o capital da JOHI mediante a entrega de ações da ATL. Trata-se, evidentemente de ágio gerado internamente, eis que a Lightel, “alienante” das ações da ATL, comandava também a “adquirente” de tais ações (JOHI).

Ademais, conforme salientou a fiscalização, “a transferência das quotas da JOHI, para as Williams, foi feita com um ágio interno embutido no valor das mesmas, gerado por uma reavaliação efetuada pela Lightel nas ações da ATL Algar Telecom Leste S/A. de sua propriedade” (p. 34 do TVF).

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

*Nesta esteira, como muito bem apontado pela fiscalização, o ágio em tela não pode ser validado como passível de aproveitamento tributário no Brasil, pois o que realmente ocorreu foi uma alienação de parte das ações da ATL, que era de propriedade da Lightel, com a geração de ágio interno nesta operação, para as Williams sediadas no exterior .*

*A introdução da Empresa Veículo JOHI acabou por internalizar o ágio, uma vez que, ele pertencia às reais adquirentes (Williams) , sediadas no exterior .*

*Além disso, a transferência das quotas da JOHI, para as Williams, foi feita com um ágio interno embutido no valor das mesmas, gerado por uma reavaliação efetuada pela Lightel nas ações da ATL Algar Telecom Leste S/A. de sua propriedade.*

*A JOHI passou a ter a seguinte composição societária: Williams Internacional ATL Ltda com 500.850.999 quotas e a Williams Internacional Telecom Ltda com 1 quota.*

*Na seqüência a Lightel S.A. Tecnologia da Informação, conforme AGE realizada em 07/06/1999, altera a sua denominação social para Algar Telecom S.A. (Doc. 05F)*

Assim, tendo em vista os acontecimentos fáticos acima narrados, entendo que este ágio do item 3.1 do TVF não pode ser amortizado, eis que conforme muito bem apontado pela fiscalização foi gerado internamente, contrariando a legislação e a jurisprudência deste E, Tribunal.

Importante ressaltar que não estou mantendo a glosa deste item apenas por ser ágio interno, mas também devido à constatação da fiscalização de que as participações societárias não foram transferidas a valor de mercado.

O ágio interno, recebido em reorganização societária procedida exclusivamente entre partes do mesmo grupo empresarial, sem alteração de controle ou influência de elementos externos, decorrente de variações de valores escriturais, só poderia ser amortizado na apuração do Lucro Real, quando devidamente demonstrado que ocorrera dentro das condições de mercado como se efetuadas com terceiro alheio à cadeia societária (arm's length), assim como o efetivo e palpável sacrifício econômico na aquisição procedida.

Assim, quanto à alegação de que inexistia previsão legal para a glosa do ágio interno e que tal vedação só veio com o advento da Lei 12.973/14, também entendo que não deve prosperar, eis que o ágio interno gerado no presente caso não respeitou as condições de mercado, fato este que nunca foi permitido na legislação tributária, inclusive pela Lei 9.532/97.

Ou seja, entendo que apenas o fato de ser ágio interno não basta para manter a acusação. Porém, com a constatação de que as transferências das participações societárias não tinham valor de mercado, sendo que as partes do mesmo grupo embutiram valores que bem entenderam, deve ser mantido este item 3.1 do TVF.

### **Ágio da JOHI relativo ao AFAC para a ATL - item 3.2 do TVF.**

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

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

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

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

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

Com os aumentos de capital, a Telecom Americas Ltd passou a deter ascendência absoluta sobre a JOHI, como se pode ver do seguinte trecho do TVF (p. 44).

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

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

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

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

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

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

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

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

Para este item 3.2 do TVF, não existe acusação específica, sendo assim entendo que a autuação deve ser pautada na acusação genérica de que os reais adquirentes são as empresas situadas no exterior e por isso não ocorreu a confusão patrimonial, bem como que as empresas veículo não tinham propósito negocial (inexistência de motivação extratributária - planejamento tributário abusivo).

Frise-se que, no presente item, em momento algum se questionou o real emprego de recursos nas aquisições que formaram o ágio (no sentido de ser uma despesa artificial), sua fundamentação econômica (expectativa de rentabilidade futura, seu montante, a qualidade dos laudos de avaliação e seu registro) ou mesmo a independência das partes que celebraram as operações que geraram a despesa.

Apenas um elemento daqueles acima elencados foi questionado pela Fiscalização, qual seja, a absorção patrimonial entre as empresas que transacionaram, vez que

através de planejamento tributário abusivo, sem motivação extratributária, teria se mascarado os reais investidores, pela utilização de empresas veículo no Brasil. Ou seja, para a Autoridade Fiscal, a confusão patrimonial entre as empresas nacionais do Grupo não bastou para o aproveitamento do ágio.

Conforme os fatos narrados acima, todos os ágios foram gerados por aportes/aumento de capital remetidos por empresas situadas no exterior (Williams e Telecom América Ltda) que eram independentes da empresa nacional ATL.

Somente depois de autorizado pela ANATEL o controle da ATL, em 2004, é que foram capitalizados os AFACs e posteriormente a empresa ATL incorpora a JOHI Representações.

Desta forma, apesar de a acusação deste item não tratar deste assunto entendo importante registrar que o ágio foi gerado por partes independentes, não sendo ágio interno.

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

Neste sentido, a situação fática dos autos e a acusação principal de que na operação ora em análise foi utilizada empresa veículo sem propósito negocial e que as verdadeiras empresas adquirentes eram as empresas estrangeiras, inexistindo confusão patrimonial, se parece muito com a operação já analisada por esta C. Turma, no v. acórdão 1402-002.373, cuja ementa colaciono abaixo para ilustrar meu entendimento em relação ao presente lançamento de ofício (caso Kimberly Clark).

Cumprе ressaltar que no julgado citado para fundamentar meu voto, foi considerado como válida a confusão patrimonial entre as empresas nacionais (de fato, a situação fática ocorrida aqui no processo em epígrafe e a do v. acórdão citado são praticamente análogas):

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013*

*DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.*

*Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.*

***ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.***

***O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e***

*promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.*

*A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.*

*Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.*

*A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.*

*A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.*

*Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.*

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

**Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013**

**IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.**

*Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.*

No v. acórdão do caso análogo acima apontado, após a definição do que seriam as *empresas veículo* das demais, restou o entendimento de que é plenamente lícito o financiamento estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, por meio de empresas holdings, as quais são freqüentemente utilizadas por grandes grupos internacionais ao se estabelecerem no país. Para deixar mais claro, vejamos parte da fundamentação do voto vencedor onde foi analisado este ponto.

*Em relação a grandes grupos estrangeiros, é extremamente natural se organizarem por meio de tais figuras, principalmente*

*em outros países. Nos primeiros contatos com o novo mercado, é plenamente compreensível a escolha por não criar uma nova estrutura complexa, ou mesmo uma filial, que espelharía, ainda que parcialmente, por razões de políticas internas e compliance, a organização e a configuração institucional de sua matriz, representando, inclusive, um acréscimo injustificável de custos nesse momento inicial.*

[...]

*Voltando à conclusão primordial da ocultação da reais detentoras do ágio (as controladoras estrangeiras do grupo), pode-se, agora, concluir que a desconsideração de todas essas empresas holdings (o que, na prática, promoveu a Fiscalização) deu-se por fundamentos alicerçados em presunções e condenações dirigidas às figuras e aos negócios societários celebrados.*

*Não pode haver e muito menos prevalecer a criação de uma nova obrigação quanto à forma com que as empresas estrangeiras adentram o país para participar do mercado brasileiro. E uma vez aqui fixadas, seja através de holding, filiais ou promovendo jointventures, deve ser dado o mesmo tratamento fiscal às empresas aqui constituídas e operantes, não podendo simplesmente desconsiderar suas personalidades com base em mera constatação de que são geridas e financiadas por grupos estrangeiros.*

[...]

*Posto isso, a caracterização das holdings como cascas vazias, desprovidas de personalidade, não se sustenta, vez que plenamente justificável a sua criação, desempenhando sua natural e esperada função durante anos, dentro de estrutura empresarial que permitiu um modelo de operação de investimento estrangeiro que perdurou por mais de uma década, superando-se, nesse ponto, a constatação de ausência de motivação extratributária e as alegações de simulação e fraude.*

[...]

*Se válida essa lógica, toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu anteriormente de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro.*

*E uma vez demonstrado que as empresas holdings, brasileiras, estavam regularmente constituídas, dentro de seus propósitos, essas, naturalmente, revestiram-se de investidoras quando do dispêndio para uma aquisição societária, devidamente registrando essa sua despesa, inclusive a parcela percebida como ágio, não podendo também manter-se a glosa sob a alegação da falta de absorção patrimonial entre investida e investidora.*

[...]

*No que tange ao presente caso, deve ser acrescentado que, entre a primeira operação que gerou o ágio e seu aproveitamento, passaram-se 12 (doze) anos, outro elemento este que, contundentemente, opõe-se à alegação que toda a engenharia societária foi engendrada com o evidente intuito de "criar" despesas.*

*Nesse exato sentido, esta mesma C. 2ª Turma Ordinária, no Acórdão nº 1402.001.409, de votação unânime, com relatoria do I. Cons. Presidente Leonardo de Andrade Couto, publicado em 13/08/2013, julgando caso muito semelhante ao presente, entendeu pela possibilidade do gozo do ágio gerado em operações que utilizaram empresa veículo, apontando o I. Relator para o lapso temporal que demandou a execução da suposta engenharia tributária. Confira-se a ementa e trechos de tal julgado:*

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.**

*A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.*

(...)

***O primeiro aspecto digno de nota é o lapso temporal de sete (7) anos entre a criação da empresa e a incorporação pela controlada. Na prevalência da tese do planejamento fiscal orquestrado ter-se-ia quase uma exercício de futurologia.***

*Ademais, não vislumbrei nas circunstâncias mencionadas pelo Fisco nenhuma razão legal que impedisse a incorporação em momento anterior. Assim, pergunta-se:*

***é razoável a montagem de uma estrutura de planejamento em que o benefício tributário almejado só ocorrerá muito tempo depois, em situação empresarial possivelmente diversa e absolutamente imprevisível?***

(...)

***Mesmo que se admita a expressão “empresa veículo” aplicável ao caso, o foco da análise não pode ser a prática em si, como***

***decorrência da desconfiança que a expressão suscita, mas as justificativas para fazê-lo.***

*Nesse ponto, entendo que as razões apresentadas pela defesa guardam coerência com o conteúdo dos autos e merecem guarida.*

(...)

O precedente desta C. Turma se amolda perfeitamente ao caso dos autos, seja quanto ao objeto da autuação, quanto a fundamentação utilizada pela fiscalização para justificar a glosa do ágio, seja quanto à similaridade das circunstâncias negociais e econômicas que levaram ao surgimento dos ágios.

Assim como ocorreu no processo do acórdão acima mencionado, no auto de infração em epígrafe, as operações duraram por um longo período, de 2000 a 2004, tinham objetivos empresariais e econômicos claros e bem definidos (aquisição da ATL), ocorreu o pagamento da aquisição societária e posteriormente a transferência do controle acionário, as partes que transacionaram eram independentes e também ocorreu a confusão patrimonial entre as empresas nacionais e estrangeiras (lembrando que o ponto relativo ao ágio gerado internamente não faz parte da acusação deste item 3.2).

Sendo assim, seguindo o entendimento formado por esta C. Turma, por uma questão de lógica voto por cancelar este item ora em análise.

Ademais, caso os fundamentos acima não sejam suficientes para afastar a acusação em relação a este item em discussão, outro ponto importante a ser ressaltado e que restou comprovado nos autos de forma diversa ao entendimento da fiscalização é que a criação das empresas veículo tinham propósito comercial e extratributário, cujos principais motivos eram: 1 - foram criadas para não contrariar regulamentação do mercado de Telecomunicação e de Licitação; 2 - aguardar a autorização do controle pela ANATEL; 3 - cumprir cláusula contratual que determinou a aquisição das holdings em conjunto com as empresas operacionais; 4 - organização e otimização de gastos para facilitar a administração do grupo.

Ou seja, a Recorrente foi obrigada a se organizar desta maneira, devido a proibição prevista na legislação brasileira, por razões regulatórias, em especial em atendimento à Lei Geral de Telecomunicações (artigo 202), aos Decretos 2.056/96 (art. 39) e 2.617/98 (art. 1), e aos dispositivos da Resolução 101/99 da ANATEL, bem como ao Contrato de Concessão no que diz respeito à participação de acionista estrangeiros no controle direto de empresas brasileiras do setor de telecomunicações.

Tanto foi assim, que a autorização do controle da empresa adquirida só foi concedida em 2004, já quase no final das operações de aquisição da ATL, não deixando dúvida de que existiam motivos extra-fiscais para criação das empresas veículos.

Sendo assim, entendo que por coerência deve ser aplicado o mesmo entendimento desta C. Turma que analisou processo com matéria extremamente parecida (processo administrativo 16561.720032/2015-02), onde restou decidido ser lícito a criação de empresa veículo para não contrariar legislação de cunho regulatório e societário. Vejamos a ementa exarada no v. acórdão de número - 1402-002.489:

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

*Ano-calendário: 2010, 2011*

**ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA COMPROVADA. LEGITIMIDADE.**

*Uma vez comprovada devidamente a motivação extratributária das operações societárias realizadas pelo sujeito passivo, cujo objetivo seja a amortização do ágio, havendo economia tributária que se revela como mera consequência e não um fim em si mesma, correta a dedução do ágio, ainda que por meio de empresa veículo, se a legislação de cunho regulatório e societário impuser tal formalidade.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AFASTAMENTO.*

*O prazo decadencial só se inicia após a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante a data da contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Deste modo, o prazo decadencial será pautado ou pela disposição do artigo 173, inciso I, do CTN ou do artigo 150, § 4º do mesmo diploma, porém, nunca pelo momento da reorganização societária, que não representa reflexo fiscal algum, num primeiro momento.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL. LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL.*

*A solução do litígio principal, relativa ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando houver fatos ou argumentos idênticos.*

Este entendimento registrado no v. acórdão acima não é apenas desta C. Turma e pode ser visto em decisões proferidas por outras C. Turmas deste E. CARF/MF, como por exemplo na ementa abaixo colacionada, exarada no processo administrativo nº 16561.720036/2014-00.

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

*Exercício: 2010*

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE.**

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2010

*ÁGIO. DATA DA FORMAÇÃO. EFEITOS FISCAIS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.*

*As operações societárias que ensejaram a formação do ágio e seu registro contábil ocorreram em 2006 e 2007. Não obstante, seus efeitos tributários ocorreram ao longo dos anos subsequentes, sempre no momento em que a contribuinte promoveu a amortização e conseqüente redução do resultado tributável pelo IRPJ e pela CSLL. O lançamento se deu diante do entendimento do Fisco de que tais reduções seriam indedutíveis e, portanto, deveriam ter sido adicionadas às bases de cálculo daqueles tributos. A contagem do quinquênio decadal se dá a partir do fato gerador do tributo exigido pelo Fisco. Diante disso, descabe cogitar da ocorrência de decadência.*

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.*

*A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não 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.*

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2010

*FALTA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.*

*O motivo para a lavratura de um auto de infração é a constituição de crédito tributário, diante da constatação de infração à legislação. Desde que a infração se encontra minuciosamente descrita, acompanhada da respectiva fundamentação legal, não se há de reconhecer nulidade no lançamento. A adequação, ou não, da base legal à infração descrita é matéria de mérito, incapaz de suscitar nulidade.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO  
LÍQUIDO CSLL*

*Exercício: 2010*

*CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL.  
DEDUTIBILIDADE.*

*Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.*

Assim, da leitura das ementas acima colacionadas, se pode extrair que tanto esta C. Turma, como outras deste E. CARF/MF, entenderam que os contribuintes tem liberdade para se organizarem como bem entenderem, desde que não contrariem a legislação vigente.

Transportando tal entendimento para o presente caso, somando-se ao fato de que no setor de Telecomunicações a utilização de empresas holdings não é apenas prática corriqueira de mercado, mas que também decorre da exigência legal do próprio setor; restou comprovado nos autos que a Recorrente tinha motivos extrafiscais e negociais para se organizar utilizando a empresa veículo e depois amortizar o ágio.

Sendo assim, trata-se de argumento descabido considerar que as empresas constituídas no Brasil por investidor estrangeiro não poderiam se beneficiar da dedutibilidade do ágio, simplesmente porque, inexistindo tal holding brasileira, encontrar-se-ia o investidor situado no exterior que, justamente por não apurar lucro real, não poderia se aproveitar do benefício.

Minha linha de raciocínio não poderia ser diferente a meu ver, eis que assim como a Constituição Federal de 1988, a legislação ordinária, em especial a regulamentação do IRPJ e da CSLL, não traz qualquer distinção quanto a empresas de capital nacional ou estrangeiro, para fins das regras de amortização do ágio.

Frente a tais argumentos, entendo ser inaceitável a diferenciação feita pela fiscalização ao lavrar os AIs, eis que acabou por contrariar o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da CF/88 e o princípio da estrita legalidade, pois inexistente qualquer dispositivo legal que impeça empresa brasileira de capital estrangeiro ao aproveitamento do ágio decorrente de operações de incorporação.

E mais, caso esta conclusão fiscal fosse acatada, nenhum investidor estrangeiro teria igualdade de condições com o brasileiro, o que desrespeitaria o princípio do livre exercício da atividade econômica e prejudicaria o investimento estrangeiro no Brasil.

Ademais, como visto na narrativa dos fatos acima descritos, apesar de a América Móvel ter fornecido os recursos necessários para a realização dos investimentos, fato é que as operações em questão foram realizadas por empresas brasileiras, regularmente

constituídas, onde existiu confusão patrimonial, o que no entender desta C. Turma, conforme ementa do v. acórdão - 1402-002.373 acima indicado, possibilita a amortização do ágio glosado neste item 3.2, no importe de R\$ 903.231.375,97.

Sendo assim, como a acusação relativa a este item 3.2 é exclusivamente de utilização de empresas veículo com ausência de propósito negocial e de falta de confusão patrimonial, sem qualquer argumentação em relação ao pagamento do ágio e, tendo em vista, que as operações tratadas nos autos foram complexas, com objetivos econômicos e comerciais claros, resultando na aquisição da empresa operacional ATL pela América Móvel situada no exterior, entendo que a exigência deste crédito no AI deve ser cancelada.

**Do ágio na Sândalo Participações S/A decorrente do aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A. e com notas promissórias. (item 3.3 do TVF):**

Em relação ao primeiro ágio de R\$ 6.488.000,00, relativo à operação abaixo descrita, vejamos:

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

Em 18/12/1999 foi aprovado um aumento de capital da Sândalo em R\$ 44.668.000,00, subscrito e integralizado pela Algar Telecom S/A (ex- Lightel) através da conferência ao seu capital social de 2.556.539 ações preferenciais de emissão da ATL, com ágio de R\$ 6.488.000,00. (docs. 9 A e 9B do TVF).

A subscrição foi feita com 2.556.539 ações preferenciais nominativas da Algar Telecom Leste S.A. - ATL, de propriedade da Algar Telecom S.A.(ex- Lightel).

Decorrente dessa subscrição de capital, surgiu um ágio no valor de R\$ 6.487.574,93, sobre o qual passamos a discorrer:

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

O valor patrimonial unitário da ATL, nessa data, era de R\$ 14,9340, a seguir demonstrado:

$$PL \text{ da ATL} / n^\circ \text{ de ações} = R\$ 212.108.000,00 / 14.203.000 = R\$ 14,9340$$

Portanto, foi atribuído um valor às ações da ATL acima do seu valor patrimonial.

$$R\$ 17,4717 - R\$ 14,9340 = R\$ 2,5377 \times 2.556.439 \text{ ações} = R\$ 6.487.574,93$$

A Sândalo, por sua vez, ao receber as ações da ATL por um valor superior ao patrimonial, registrou no seu patrimônio líquido um valor de R\$ 44.667.000,00, tendo como

contrapartida no seu ativo o valor de R\$ 38.179.425,07 e um ágio de R\$ 6.487.574,93, em consonância com o artigo 385 do RIR/99.

Segundo a fiscalização, esse ágio foi gerado internamente, sem terceiros independentes, em uma reavaliação efetuada pela Algar Telecom nas ações da Algar Telecom Leste S/A.- ATL, de sua propriedade. (fl. 59 do TVF).

A Algar S/A - Empreendimentos e Participações, detentora de mais de 99% do capital da Sândalo, efetuou uma avaliação econômica do seu investimento na ATL e utilizou esse resultado para aumentar o capital da Sândalo, mediante a entrega de ações da ATL. Isto é: o aumento de capital da Sândalo foi realizado sem que houvesse um desembolso financeiro pela subscrição do investimento. Logo, não houve nenhum custo que justificou a contabilização do ágio.

Trata-se de pura e simples reavaliação de ativos do grupo Algar.

De fato, da narrativa das operações acima descritas, não ocorreu o desembolso financeiro ou o substrato econômico, bem como a relação entre partes interdependentes, requisitos que segundo a legislação e a jurisprudência deste E. Tribunal são necessários para que se possa amortizar o ágio.

**Sendo assim, entendo que em relação a esta parte da glosa (R\$ 6.487.574,93) a autuação deve ser mantida.**

Vejamos o restante das operações.

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

Em seguida (29/12/1999), foi aprovado novo aumento de capital da Sândalo, que foi integralmente subscrito pela SBCI Brasil Participações Ltda. (SBCI Participações - pertencente ao grupo Telecom Américas - constituída em 02/12/1999) e integralizado, no montante de R\$ 591.723.238,50, mediante a entrega à Sândalo de duas notas promissórias nos valores de R\$ 322.759.311,17 e R\$ 268.963.927,33, vencíveis em 10/01/2000 e 28/03/2000.

Nessa operação foi contabilizado um ágio de R\$ 558.738.118,50, do qual foi deduzido para fins fiscais o valor de R\$ 390.380.130,85.

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

A NP de R\$ 322.759.311,17 foi utilizada para o pagamento do grupo Algar pela sua saída do quadro societário da Sândalo. O ágio glosado em relação a essa nota promissória foi de R\$ 284.579.871,17, porque o autuante considerou que os reais adquirentes das ações da Algar Telecom Leste S/A - ATL, teriam sido a SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware).

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

A NP de R\$ 268.963.927,33 foi endossada para a Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. e se extinguiu por confusão patrimonial com a sua incorporação pela SBCI Participações em 31/12/2003 (pertencente ao grupo Telecom Américas desde 24/08/2001), em uma operação em que a devedora incorporou a credora da NP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pois bem.

Em relação a este ágio de R\$ 284.579.871,17 gerado pela Nota Promissória de R\$ 322.759.311,17, entendo que a acusação não deve prevalecer (lembrando que o ágio de R\$ 6.487.574,93, gerado no aumento de capital, de R\$ 1.000,00 para 44.668.000,00, realizado em 18/12/1999 pela Algar Telecom da primeira operação, está embutido nesta operação ora em análise).

Esta operação relativa à nota promissória de R\$ 322.759.311,17 ocorreu entre empresas que não pertenciam ao mesmo grupo, ou seja, o grupo Algar e o grupo Telecom Américas. A própria fiscalização confirma este fato de independência entre as empresas que transacionaram, quando aponta que os reais adquirentes eram as empresas estrangeiras e que por isso não teria ocorrido a confusão patrimonial para amortizar o ágio.

Ademais, restou comprovado nos autos que ocorreu o efetivo pagamento da participação por meio da nota promissória acima citada, operação esta que gerou o ágio ora em análise.

Corroborando com os argumentos acima, as empresas que foram consideradas veículo pela fiscalização já existiam antes das operações ocorrerem ou foram criadas para que as empresas estrangeiras pudessem adquirir as ações/quotas da empresa situada no Brasil, devido à proibição da legislação de Telecomunicação e de Licitação (Lei Geral de Telecomunicações, Resolução da ANATEL, dentre outras que não permitiam o controle pelas empresas estrangeiras).

Assim, entendo que para o ágio de R\$ 284.579.871,17 relativo à nota promissória de R\$ 322.759.311,17 este pode ser amortizado, devendo esta parte do lançamento ser cancelada.

Cumprе ressaltar que em relação à glosa do ágio desta nota promissória, a acusação tratou apenas do ponto de que as reais adquirentes eram as empresas estrangeiras e que por isso não ocorreu a confusão patrimonial.

A autuação para este ágio não tratou de ágio interno ou de falta de pagamento/dispêndio econômico.

Assim, para este ágio da NP de R\$ 322.759.311,17 o entendimento desta C. Turma proferido no v. acórdão 1402-002.373 citado no item anterior, onde entendeu-se que a criação da empresa veículo para atender a legislação e viabilizar a operação não contraria a regulamentação que concede o benefício da amortização do ágio, também deve ser aplicado para esta glosa. (Processo - 16561.720073/2014-18, v. acórdão 1402-002.373, desta C. 4 Câmara/ 2 Turma Ordinária).

Segue a ementa para afastar qualquer dúvida.

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013*

*DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.*

*Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a*

*partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.*

**ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.**

*O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.*

*A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.*

*Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.*

*A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.*

*A descon sideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.*

*Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.*

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

**Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013**

**IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.**

*Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.*

Ou seja, apenas a caracterização pela fiscalização das empresas Sândalo e SBCI Participações como veículo sem propósito negocial, por entender que os reais adquirentes são empresas estrangeiras, não me parece um argumento robusto a ponto de impedir a amortização do ágio.

Existia um impedimento legal para que as empresas estrangeiras adquirissem diretamente a participação societária (legislação de Telecomunicações e de Licitações/Concessões).

E quanto à falta de confusão patrimonial alegada pela fiscalização, também entendo que não merece prosperar, eis que conforme acima narrado, ocorreu a confusão patrimonial entre as empresas situadas no Brasil e a aquisição da participação societária pela Telecom América.

Sendo assim, como ocorreu o pagamento por meio de nota promissória, confusão patrimonial entre as empresas nacionais e posteriormente nas estrangeiras, relação entre partes independentes e justificativa plausível para a criação das empresas veículo, entendo que o ágio pode sim ser amortizado, devendo esta parte da acusação fiscal relativa à glosa de montante de R\$ 278.092.296,17 = R\$ 284.579.871,17 (ágio NP R\$ 322.759.311,17) - R\$ 6.487.574,93 (ágio gerado internamente na operação de aumento de capital, de R\$ 1.000,00 para 44.668.000,00, realizado em 18/12/1999 pela Algar Telecom da primeira operação), deve ser cancelada.

Em relação ao ágio de R\$ 105.800.259,68 gerado com base na Nota Promissória de R\$ 268.963.927,33, segundo a fiscalização não ocorreu o efetivo pagamento, eis que o título de crédito não foi liquidado devido a confusão patrimonial com a incorporação em 31/12/2003 da empresa Algar Administrado de Sistemas Ópticos Ltda pela SBCI Participações (esta pertencente ao grupo Telecom Américas desde 24/08/2001) (fl. 59 do TVF).

De fato, esta segunda NP de R\$ 268.963.927,33 sequer foi efetivamente paga pois foi endossada para a Algar Administradora de Sistemas Opticos Ltda, que se extinguiu por meio de confusão patrimonial quando se deu sua incorporação pela SBCI Participações em 31/12/2003. Isto é, a devedora do título incorporou a credora.

Assim, em relação à glosa deste ágio de R\$ 105.800.259,68, entendo que a razão se encontra com a fiscalização.

Vejam D. Conselheiros, conforme narrado acima, a nota promissória não foi liquidada, sendo que após a incorporação o título passou a fazer parte do ativo da SBCI Participações. Ou seja, não ocorreu o pagamento da participação societária que gerou o ágio glosado, um dos requisitos necessários, previstos em lei, para amortizá-lo.

**Assim, como restou comprovado nos autos que não ocorreu o pagamento relativo à aquisição da participação societária, que é um dos requisitos para a amortização do ágio, em relação à glosa de R\$ 105.800.259,68, relativa à NP de R\$ 268.963.927,33, entendo que a razão se encontra com a fiscalização.**

**Desta forma, para afastar qualquer dúvida, mantenho a autuação para o ágio de R\$ 6.487.574,93, cancelo para o ágio no importe de R\$ 278.092.296,17 referente à NP R\$ 322.759.311,17 e mantenho para o ágio de R\$ 105.800.259,68 relativo à NP de R\$ 268.963.927,33.**

**Do ágio da SBCI Participações - descrito no TVF como ágio da ATL Participações S.A. (ex-Algar Telecom Participações S.A.) decorrente do aumento de capital com notas promissórias (item 3.4 do TVF)**

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

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

Logo em seguida, em 29/12/1999, foi deliberado novo aumento de capital da Algar Telecom Participações, através da emissão de 1.810.883 novas ações (ordinárias e preferenciais) ao preço de R\$ 228.621.936,70, subscritas pela SBCI Participações e integralizadas mediante a entrega de nota promissória nesse valor. Essa operação resultou em um ágio de R\$ 196.982.436.70, do qual foi utilizado o valor de R\$ 112.561.401,56.

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

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

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

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

**Doc.16E**

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

SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) - R\$ 314.988.202,00

Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware) - R\$ 314.988.202,00

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como visto, de acordo com os fatos acima narrados, a situação que motivou a glosa deste ágio foi a mesma da Sândalo, analisada no item acima.

Ou seja, foram dois pontos que levaram a fiscalização a glosar o ágio: 1- que os reais adquirentes são as empresas SBC International Brasil Hoding (Ilhas Cayman) e a Telemex Wireless Brasil LLC (Delaware) inexistindo confusão patrimonial e 2 - que as empresas veículo não tinham propósito negocial.

Seguindo minha linha de raciocínio acima, entendo que nesta parte a fiscalização também não deve prosperar.

Como dito acima, a criação das empresas veículo se deram devido: 1 - a limites impostos pela legislação nacional das Telecomunicações, 2: era uma operação com capital estrangeiro complexa e de longa duração, 3 - com conteúdo econômico e objetivos empresariais claros e por fim, 4 - sem a constatação de ilícitos tributários.

Quanto à alegação de falta de confusão patrimonial, também entendo que não deve prosperar. Como visto na narrativa dos fatos e das aquisições acima, ocorreu sim a confusão patrimonial entre empresas independentes, situadas no Brasil.

**Sendo assim, como a fiscalização se pautou apenas nestes dois pontos e não existe qualquer acusação em relação à falta de pagamento e ágio gerado internamente, entendo que, em respeito ao entendimento já exarado por esta C. Turma, a glosa relativa à amortização de ágio no importe de R\$ 112.561.401,56 deve ser cancelada.**

**Do ágio da Sândalo decorrente da capitalização dos AFACs na ATL - Algar Telecom Leste S.A. (item 3.5 do TVF):**

Conforme AGE de 31/03/2000, a Sândalo aumentou seu capital social em R\$ 260.084.942,88, através da emissão de 8.107.386 novas ações, passando o mesmo de R\$ 76.484.200,00 para R\$ 336.569.142,88. (Docs. 10E e 10J)

O aumento de capital foi subscrito e integralizado pela SBC International Brazil Holding Ltd. e Telmex Wireless Brazil, LLC, e a composição societária da Sândalo passa a ser a seguinte:

1 - SBCI Participações Ltda 1.260.000 ações ordinárias e 340.000 ações preferenciais no valor de R\$ 76.484.200,00.

2 - SBC International Brazil Holding Ltd., com 2.702.462 ações ordinárias e 1.351.231 ações preferenciais no valor de R\$ 130.042.471,44.

3 - Telmex Wireless Brazil, LLC, com 1.351.231 e 2.702.462 ações preferenciais no valor de R\$ 130.042.471,44.

Somando-se a participação das três empresas teremos o valor de R\$ 336.569.142,88.

Nesta mesma data (31/03/2000) a SBC International Brazil Holding Ltd. e a Telmex Wireless Brazil, LLC saem do quadro societário da Sândalo, tendo em vista que elas subscrevem aumento de capital na SBCI Brasil Participações Ltda. com as 8.107.386 ações da própria Sândalo. (Docs. 10L e 10L.1)

Ainda no mês de março de 2000, a Sândalo faz o aporte de R\$ 259.100.418,41 na Algar Telecom Leste S/A.-ATL, a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital-AFAC. (Docs. 10G e 10H e 10H.1)

Conforme AGE de 27/03/2001, a Sândalo aumenta o seu capital em R\$ 635.017.320,00, passando o mesmo de R\$ 336.569.142,88 para R\$ 971.586.462,88, através da emissão de 6.225.600 ações preferenciais, totalmente subscritas e integralizadas pela Telecom Américas Ltda. (Doc. 10F)

O aumento foi feito em moeda corrente remetidos do exterior, conforme contrato de câmbio 01/011277.

Em 29/03/2001, a Sândalo celebra um novo contrato de adiantamento para futuro aumento do capital social da Algar Telecom Leste S/A. - ATL, no valor de R\$ 632.613.419,01. (Doc. 10 I)

Em 30/09/2004, a Sândalo exerceu a opção de capitalizar os AFACs no valor total de R\$ 891.710.080,00, subscrevendo e integralizando 22.292.752 ações da Algar Telecom Leste S/A. - ATL. (Doc.17)

Em função dessa operação, gerou-se um ágio de R\$ 394.204.367,00 cujo fundamento foi o de expectativa por rentabilidade futura, suportado por um laudo de avaliação da ATL, elaborado em dezembro de 2005, pela KPMG, com data base de 31/12/2004. (Doc. 35)

Ao revisar o valor do ágio, a fiscalizada concluiu que o valor correto foi de R\$ 479.091.708,44, conforme demonstrado por ela nos documentos 04, página 13 e documento 4-A, página 24.

O ágio em tela foi aproveitado tributariamente, no futuro, pela Fiscalizada uma vez que, a SBCI (controladora da Sândalo) foi cindida em duas, em 27/10/2004, sendo que uma das partes (referente à Sândalo), juntamente com o ágio, foi incorporada pela própria Sândalo (incorporação reversa). (Docs. 11C e 11D)

Dois dias depois (29/10/2004), a Sândalo foi incorporada pela sua controlada Algar Telecom Leste S/A. - ATL e esta, foi incorporada em dezembro de 2005 pela Claro S/A., CNPJ nº 40.432.544/0001-47 (Fiscalizada), a qual começou, a partir de meados de 2008, aproveitá-lo tributariamente. (Docs. 36 e 37)

Para esta operação acima narrada, a fiscalização glosou o ágio por entender que os reais adquirentes também eram empresas situadas no exterior, no caso a Telecom Américas Ltda, e que não haveria necessidade de se criar as empresas veículo para receber os aportes da empresa estrangeira e posteriormente os remeter a título de AFACs para a empresa ATL. (falta de propósito negocial).

Após a narrativa das operações societárias acima, entendo que a glosa deste ágio de R\$ 479.091.708,44 não deve prevalecer.

A operação é complexa e durou anos, ocorreu entre partes independentes, com o efetivo pagamento.

Quanto à acusação principal de que as empresas veículo não seriam necessárias, eis que a verdadeira adquirente era a empresa situada no exterior (posteriormente ficou só a empresa Telecom América Ltda), não me parece suficiente para impedir a amortização do ágio.

Como dito nos itens acima, principalmente no item 3.2, existia um impeditivo legal para que a empresa estrangeira adquirente controlasse a empresa adquirida no Brasil.

Existiam limitações da legislação de Telecomunicações e de Concessões, que impediam a participação de acionista estrangeiros no controle direto de empresas brasileiras do setor de telecomunicações.

Sendo assim, conforme o item 3.2 acima, e para manter meu raciocínio, entendo que deve se aplicar ao presente caso o disposto nos v. acórdãos exarados por esta C. Turma anteriormente citados, cujas as ementas colaciono abaixo:

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013*

*DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.*

*Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.*

***ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.***

*O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.*

*A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.*

*Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.*

*A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.*

*A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.*

*Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.*

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

**Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013**

**IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.**

*Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.*

No mesmo sentido, segue ementa de outro caso que tratava de acusação muito semelhante e que ilustra de maneira ampla tal entendimento. (Acórdão nº 1201.001.267, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Marcelo Cuba Neto, publicado em 18/02/2016):

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

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.*

*Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).*

*Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".*

*(...)*

*Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction).*

*Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.*

*(...)*

*Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.*

*Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".*

***No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.***

*Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.*

*(...)*

No mesmo sentido, após ter sido constatado nos autos que existia motivação extrafiscal e econômica para a criação da empresa veículo, entendo que por coerência deve ser aplicado o entendimento desta C. Turma que analisou processo com matéria extremamente

parecida (processo administrativo 16561.720032/2015-02), onde restou decidido ser lícito a criação de empresa veículo para não contrariar legislação de cunho regulatório e societário. Vejamos a ementa exarada no v. acórdão de número - 1402-002.489:

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

*Ano-calendário: 2010, 2011*

***ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA COMPROVADA. LEGITIMIDADE.***

*Uma vez comprovada devidamente a motivação extratributária das operações societárias realizadas pelo sujeito passivo, cujo objetivo seja a amortização do ágio, havendo economia tributária que se revela como mera consequência e não um fim em si mesma, correta a dedução do ágio, ainda que por meio de empresa veículo, se a legislação de cunho regulatório e societário impuser tal formalidade.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AFASTAMENTO.*

*O prazo decadencial só se inicia após a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante a data da contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Deste modo, o prazo decadencial será pautado ou pela disposição do artigo 173, inciso I, do CTN ou do artigo 150, § 4º do mesmo diploma, porém, nunca pelo momento da reorganização societária, que não representa reflexo fiscal algum, num primeiro momento.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL. LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL.*

*A solução do litígio principal, relativa ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando houver fatos ou argumentos idênticos.*

Como para no presente caso não restou dúvida de que a existiam impedimentos suficientes para a criação da empresa veículo, dentre eles: 1 - as empresas foram criadas para não contrariar regulamentação do mercado de Telecomunicação e de Licitação; 2 - aguardar a autorização do controle pela ANATEL; 3 - cumprir cláusula contratual que determinou a aquisição das holdings em conjunto com as empresas operacionais; 4 - organização e otimização de gastos para facilitar a administração do grupo, entendendo que a acusação de da fiscalização de falta de propósito negocial e extrafiscal deve ser afastada.

Não resta dúvida nos autos que a Recorrente foi obrigada a se organizar desta maneira, devido a proibição prevista na legislação brasileira, por razões regulatórias, em especial em atendimento à Lei Geral de Telecomunicações (artigo 202), aos Decretos 2.056/96

(art. 39) e 2.617/98 (art. 1), e aos dispositivos da Resolução 101/99 da ANATEL, bem como ao Contrato de Concessão no que diz respeito à participação de acionista estrangeiros no controle direto de empresas brasileiras do setor de telecomunicações.

Tanto foi assim, que a autorização do controle da empresa adquirida só foi concedida em 2004, já quase no final das operações de aquisição da ATL, não deixando dúvida de que existiam motivos extra-fiscais para criação das empresas veículos.

Por fim, importante ressaltar neste item que em relação à acusação de falta de confusão patrimonial, esta C. Turma já se posicionou no sentido de que mesmo quando o capital tiver origem no exterior, a confusão patrimonial existente entre empresas nacionais é suficiente para possibilitar a amortização do ágio, conforme v. acórdão 1402-002.373 citado nos itens acima.

**Sendo assim, voto no sentido de cancelar a glosa deste ágio no importe de R\$ 479.091.708,44.**

#### **DOS ÁGIOS CARREADOS PARA A TESS (item 4):**

##### **Do ágio da IPÊ Participações decorrente do aumento de capital com notas promissórias (item 4.1)**

A IPÊ PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ nº 04.244.420/0001-74, foi constituída em 12/12/2000, tendo como sócios a Algar S/A Empreendimentos e Participações, CNPJ nº 17.835.026/0001-52, Dilson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha, com capital social de R\$ 1.000,00, composto por 1.000 ações ordinárias, sendo:

Algar S/A Empreendimentos e Participações - 997 ações e outras 3 pessoas físicas - 3 ações (Docs. 21 e 21A).

Em 28/02/2001, a IPÊ recebeu da Algar Telecom 81.014.111 ações de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 50.639.112,00, como aumento de capital. Na sequência, em novo aumento de capital, a Algar Telecom conferiu ao capital social da IPÊ 82.320.932 ações ordinárias e 337.675.597 ações preferenciais de emissão da TESS que eram de sua propriedade.

Em 09/04/2001, foi aumentado o capital social da TAB (holding nacional do grupo Telecom Americas Ltd, a partir de 03/04/2001 - vide DRJ p.44), no montante de R\$ 345.906,057,00 (em dinheiro), subscrito e integralizado pela Telecom Americas Ltd. Nessa mesma data, a Telecom Américas do Brasil Ltda. ingressou como acionista da IPÊ, subscrevendo 501.010.640 ações ordinárias "B", no valor de R\$ 534.436.398,60, integralizadas por meio de um cheque de R\$ 344.592.609,30 e uma nota promissória de US\$ 87.805.434,00, correspondente a R\$ 189.843.789,30, emitida pela Telecom Americas Ltd. em favor da TAB, que foi endossada para a IPÊ (o capital social da IPÊ passou para R\$ 628.330.220,00).

O valor de R\$ 313.165.110,00 foi destinado para capitalização e o montante remanescente de R\$ 220.271.288,60 (posteriormente o valor foi retificado para R\$ 221.271.288,60) à formação da conta reserva de ágio para futura capitalização. Ato contínuo, foi reduzido o capital social da IPÊ para R\$ 314.165.110,00, mediante resgate de ações com a utilização do saldo de reservas, retirando-se da sociedade a Algar Empreendimentos, que recebeu em pagamento parte em dinheiro e a nota promissória de US\$ 87.805.434,00, totalizando o valor de R\$ 534.436.398,60.

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

Segundo a fiscalização, o real adquirente das ações da TESS, conforme os fatos narrados acima, foi efetivamente a Telecom Américas Ltd. e não a empresa-veículo TAB, eis que os recursos utilizados para a referida aquisição saíram da Telecom Américas Ltd para a TAB no mesmo dia em que esta adquire as ações da IPÊ.

Desta forma, o agente fiscal entendeu que a TAB foi mero veículo da aquisição, que inequivocamente envolvia a Telecom Américas Ltd. no pólo comprador e o grupo Algar no pólo vendedor.

Por consequência, a acusação entendeu que as operações societárias que levaram ao ágio contabilizado na TAB e em seguida para a Claro S/A (28/10/2004 – cisão da TAB com a transferência do investimento para a própria IPÊ – 29/10/2004 – incorporação da IPÊ pela TESS – 31/12/2005 incorporação da TESS pela Claro S/A) não autorizam que a Claro proceda à sua amortização.

Assim, de acordo com os fatos acima indicados, a fiscalização glosou o ágio por entender que foram utilizadas empresas veículo sem propósito comercial, sendo que o real adquirente era a empresa estrangeira Telecom Américas Ltda, inexistindo assim a confusão patrimonial, requisito necessário para o benefício da amortização do ágio previsto no artigo 386 do RIR/99 (Lei 7º e 8º da Lei nº 9.532/97).

A operação e a acusação ora em análise não diferenciam das outras anteriormente citadas, sendo assim entendo que os fundamentos acima apontados devem ser aplicados a este item também.

A operação é complexa, de longa duração, tem sim finalidade econômica, comercial e objetivos claros, com partes independentes, o que contraria qualquer interpretação de que o ágio foi gerado internamente.

O ponto alegado pela D. Procuradoria de que o capital/recursos investidos pela empresa estrangeira Telecom América Ltda na TAB terem ocorrido no mesmo dia em que esta ultima (TAB) adquire as ações da IPÊ não desqualifica o fato de as empresas nacionais existirem antes e depois da operação em que houve o investimento estrangeiro.

Lembrando que a empresa IPÊ já existia antes das operações de aquisição das operacionais e a empresa TAB foi criada devido à vedação do controle acionário por empresas estrangeiras existente na legislação de Telecomunicações.

Também restou claro nos autos que existiu pagamento, fato inclusive que não foi contestado pela fiscalização.

Assim, o ponto abordado pela fiscalização de a empresa compradora estar situada no exterior entendo que não descaracteriza a confusão patrimonial que ocorreu entre as empresas nacionais onde foi gerado o ágio, eis que a holding situada aqui no Brasil representa a empresa estrangeira (é como se fosse um braço situado aqui no Brasil).

A empresa estrangeira só veio a controlar as empresas nacionais após a autorização da ANATEL, em 13 de novembro de 2003, pelo Ato número 40.535 (doc. 11).

Neste sentido, restou comprovado nos autos que a constituição das empresas veículo se deu por impeditivo legal e estratégia empresarial, não foi apenas devido à impossibilidade de empresas estrangeiras controlarem empresas de telecomunicação no Brasil.

A própria Recorrente alega que existiam outros impeditivos, tais como a legislação para concorrer em licitação, obrigações previstas no contrato onde se exigiu que as empresas Holdings também fossem adquiridas juntamente com as operacionais.

O próprio procedimento de autorização da ANATEL para controle direto das empresas nacionais demorou anos, impedindo que a empresa estrangeira participasse de licitação e por tal motivo, decidiu-se usar as empresas nacionais, que foram chamadas de empresas veículo pela fiscalização.

A alegação da D. Procuradoria de que a aquisição das ações detidas pelo grupo Algar por intermédio da IPÊ não outorgaria à Telecom Américas Ltda. o controle da concessionária<sup>1</sup> e que por isso não existia óbice regulatório à aquisição direta do investimento pela Telecom Américas Ltda., sendo assim desnecessário o uso das empresas veículo TAB e IPÊ para tal aquisição, não me parece suficiente para desconstituir o propósito comercial para a criação das holdings.

Como dito pela Recorrente, existiam motivos mercadológicos, financeiros, organizacionais, além de contratuais e regras impostas pela ANATEL, bem como para poder concorrer em licitação.

Existia todo um planejamento empresarial para aquisição de grande parte do mercado de Telecomunicação nacional, até mesmo relacionadas a questões de concorrência de mercado.

Ou seja, além de a operação ser complexa, com objetivos econômicos e empresariais claros, existia propósito para utilização das empresas nacionais TAB e IPÊ.

---

<sup>1</sup> Segundo a D. Procuradoria a vedação legal se referia apenas à aquisição do controle de concessionária por pessoa jurídica estrangeira, com a maioria das ações com direito a voto (ações ordinárias). Ou seja o artigo 1 da Lei 2.678/98 exige o controle seja exercido por pessoas naturais ou jurídicas nacionais por meio de ações ordinárias com direito a voto.

A IPÊ já existia antes das operações e ambas empresas (IPÊ e TAB) duraram anos, não se caracterizando como meras empresas de fachada ou de gaveta. Existia uma finalidade comercial e empresarial extratributária para a constituição das mesmas.

Ademais, para afastar qualquer dúvida em relação à possibilidade da amortização do ágio, como muito bem apontado na ementa do v. acórdão nº 1201.001.267, *não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.*

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

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.*

*Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).*

*Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".*

*(...)*

*Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction).*

*Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.*

*(...)*

*Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.*

*Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".*

*No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.*

*Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.*

(...)

Sendo assim, o entendimento consagrado no v. acórdão 1402-002.373, desta C. 2ª Turma Ordinária deve ser aplicado aqui para este item 4.1 do TVF.

Quanto ao fundamento da DRJ, seguido pela D. Procuradoria, utilizado para motivar a manutenção dos créditos glosados neste item 4.1, de que o laudo da KPMG (doc. 18 da impugnação e fl.47 do acórdão da DRJ) não foi elaborado no momento em que ocorreu o dispêndio financeiro, entendo que não deve prevalecer conforme argumentos já explanados na preliminar descrita acima neste voto, bem como, para este item a fiscalização sequer argumentou qualquer ponto ou acusação sobre laudo, não podendo agora em sede de Recurso Voluntário se alterar os fundamentos da autuação.

**Desta forma, entendo que a glosa do ágio no importe de R\$ 120.681.404,99 deste item 4.1 também deve ser cancelada.**

**Do ágio registrado na TESS S.A. com origem no acervo da Tel Participações S.A.. (item 4.2 do TVF)**

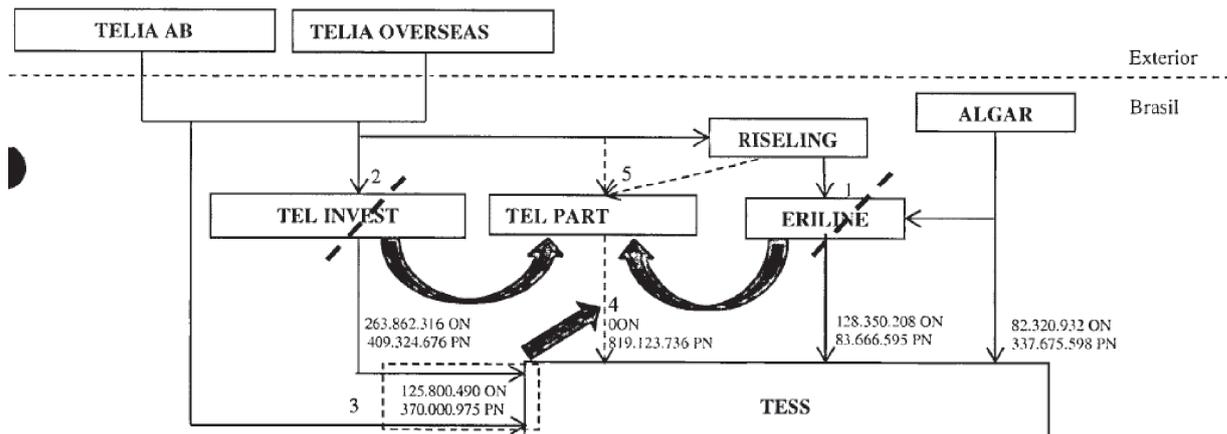
A Tel Participações tinha como acionistas a Telia Overseas e a Telia AB. Em 28/02/2001 a Eriline foi cindida parcial e desproporcionalmente, com a versão das parcelas cindidas para a IPÊ (empresa constituída pela Algar) e para a Tel Participações. O Acervo líquido vertido para a Tel Participações foi de 39.798.085 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 24.876.403,00, tendo sido, por consequência, aprovado o aumento de capital da Tel Participações, mediante a emissão de 24.876.403 ações ordinárias, pelo valor de R\$ 24.876.403,00, subscritas exclusivamente pela Riseling e integralizadas justamente com o acervo cindido da Eriline (nesta operação foi registrado um ágio de R\$ 669.469,23).

Na sequência, a Tel Investimentos foi cindida parcialmente com a versão da parcela cindida para a Tel Participações, constituindo-se de 409.324.676 ações preferenciais de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 255.854.666,00, conforme laudo de cisão. Em razão disso, foi aprovado o aumento do capital da Tel Participações em 255.854.666 ações ordinárias, no valor total de R\$ 255.854.666,00, sendo 121.908.994 da acionista Telia AB e 133.945.672 da Telia AB Overseas, equivalentes às cotas detidas por esses acionistas na Tel Investimentos (nesta operação a Tel Participação registrou um ágio de R\$ 6.885.517,79).

Em seguida (ainda em 28/02/2001), foi aprovado um novo aumento de capital na Tel Participações mediante a emissão de 370.000.975 ações ordinárias, ao valor de

R\$ 370.000.975,00, subscritas e integralizadas por Telia AB (222.000.000 ações com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS) e Telia AB Overseas (148.000.975 ações, também, com esse número de ações preferenciais de emissão da TESS) (nesta operação a Tel Participações registrou um ágio de R\$ 144.950.219,49).

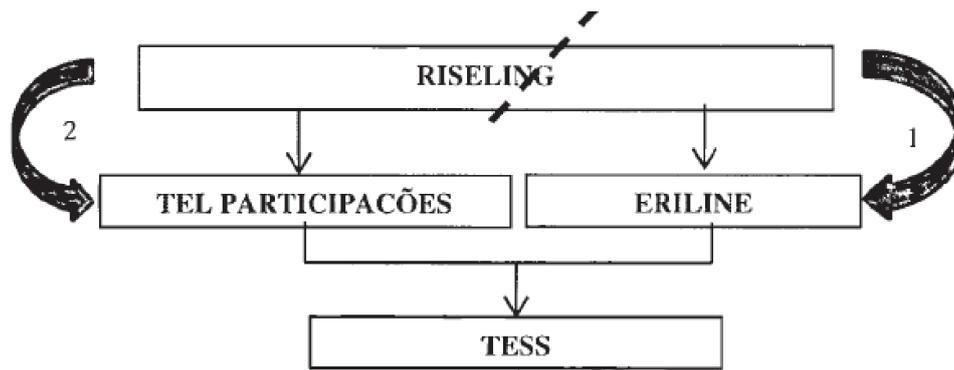
Em consequência dessas operações, a Tel registrou um ágio de R\$ 138.726.191,00, alterando-o depois para R\$ 153.505.206,50. As operações foram assim ilustradas na decisão de piso:



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

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

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



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

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

Por fim, em 01/03/2001 o grupo Telecom Américas adquiriu as ações de emissão da Tel Participações.

Apesar de não constar expressamente no TVF, da leitura das operações narradas acima, constata-se que neste tópico o ágio foi gerado internamente, por meio de operações societárias entre empresas interdependentes/do mesmo grupo e em momento anterior à aquisição pela empresa compradora Mexicana, América Móvel S.A. (ágio interno).

O ágio foi gerado somente entre as empresas do grupo Telia (Telia Overseas e Telia AB).

Apenas em 01/03/2001 é que o grupo Telecom Américas adquiriu as ações de emissão da TEL participações (conforme p. 14 do anexo 1 à peça impugnatória – fls 1.843 os autos). Sendo assim, o ágio aqui tratado foi gerado em operações que envolveram somente empresas do mesmo grupo econômico.

Assim como o ágio foi gerado internamente, deveria ter sido demonstrado que ocorreu dentro de condições de mercado, como se efetuado entre pessoas/terceiros alheios à cadeia societária (arm's length), assim como o efetivo e palpável sacrifício econômico na aquisição procedida, o que provavelmente não ocorreu no presente caso (fato que a fiscalização não abordou no TVF e não comprovou).

Posteriormente, o ágio foi transferido para a Telecom América (em 01/03/2001) em outra operação com partes independentes.

Entretanto, para este item 4.2 a acusação se deu com base no entendimento genérico da fiscalização de que as empresas veículo não tinham propósito comercial e que a real adquirente era a empresa situada no exterior, inexistindo confusão patrimonial.

Desta forma, apesar de entender que este ágio foi criado antes das operações de aquisição da empresa TESS e gerado internamente, por meio de empresas dependentes e interligadas pelo mesmo grupo, bem como sem a comprovação de que ocorreu dentro de condições de mercado, como a acusação não tratou desta matéria não resta alternativa senão aplicar o entendimento dos itens anteriores.

Para este item, a acusação de que as empresas veículo não tinham propósito negocial não se enquadra perfeitamente.

As empresas que poderiam ser consideradas veículo para este item já existiam antes e continuaram a existir depois das operações de aquisição da TESS.

Ademais, também não se adequa ao caso a alegação de que as reais adquirentes são empresas situadas no exterior, eis que como visto, o ágio deste tópico foi gerado no Brasil, com empresas nacionais e com confusão patrimonial comprovada.

Nesta esteira, entendo que também faltou a fiscalização apontar e comprovar que o ágio aqui tratado foi gerado fora das condições de mercado, que inexistiu dispêndio econômico/falta de pagamento, fatos que não se desincumbiu de fazer.

A simples acusação de que foram utilizadas empresas veículo, sem propósito negocial, não está prevista na legislação e precisam ser comprovados e fundamentados nos autos o abuso, a intenção de reduzir o imposto e ausência de intenção extratributária.

**Desta forma, entendo que a glosa do ágio de R\$ 153.505.206,50 do item 4.2 do TVF, gerado nas três operações anteriores à aquisição da participação da TESS pela Telecom América deve ser cancelado.**

**Do ágio na Tel Investimentos Ltda. originado do aumento de capital com ações da TESS S.A. (item 4.3)**

Em 28/02/2001, a Tel Investimentos Ltda., CNPJ nº 02.432.366/0001-65, aumentou seu capital mediante a emissão de 75.480.000 e 50.320.490 novas quotas totalmente subscritas e integralizadas por suas quotistas, Telia AB e Telia Overseas AB. Doc. 38

O aumento de capital se deu com 75.480.000 e 50.320.490 ações ordinárias que as mesmas detinham na TESS, nos valores de R\$ 75.480.000,00 e R\$ 50.320.490,00, respectivamente.

Decorrente desse aumento de capital, a Tel Investimentos Ltda. registrou um ágio fiscal de R\$ 49.283.136,72, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, conforme demonstrativo elaborado pela Fiscalizada. Doc. 04-página 11

Ao receber as ações da TESS S.A. por um valor superior ao seu valor patrimonial, Tel Investimentos Ltda. registrou um ágio de R\$ 49.283.136,72, decorrente da aplicação do artigo nº 385 do RIR/99.

Valor patrimonial das ações da TESS = R\$ 0,6082 (R\$ 1.095.448.696,67/1.801.003.000)

Valor atribuído às ações aportadas = R\$ 1,00 (R\$ 125.800.490,00/125.800.490)

R\$ 1,00 – R\$ 0,6082 = R\$ 0,3918 x 125.800.490 = ágio de R\$ 49.283.136,72

Em 03/04/2001, as empresas Telia AB e Telia Overseas AB se retiram da sociedade e transferem suas quotas para Tel Holdings International, LLC e José Roberto Camargo Ópice.

Em 14/06/2002, José Roberto Camargo Ópice transfere sua única quota para a Telecom Américas Brasil – TAB.

Em 27/09/2004, a Tel Holdings International, LLC foi incorporada pela Telecom Américas Investimentos Ltd.

Em 30/09/2004, a TAB transfere sua única quota para a Claro Telecom Participações S.A. e se retira da sociedade.

Em 26/10/2004, a Telecom Américas Investiments Ltd. transfere as suas ações da Tel Investimentos para a Claro Telecom Participações S.A. Esta passa a ser a nova sócia da Tel Investimentos Ltda. Doc. 45

Em 28/10/2004, a Tel Investimentos Ltda. foi incorporada pela Eriline Celular S.A., CNPJ nº 01.658.519/0001-24. Docs. 38A e 38B

Em 29/10/2004, a Tess S.A. incorporou a Eriline Celular S.A. Docs. 32 e 32A

Em 31/12/2005, a Tess S.A. foi incorporada pela Claro S.A., na época denominada BCP S.A. Doc. 33

A partir de meados de 2008, a Claro S.A. começou a amortizar o ágio em questão.

Para este item, a fiscalização utiliza a mesma acusação principal dos demais itens do TVF, de que a real adquirente é empresa situada no exterior e que por isso não teria ocorrido a confusão patrimonial.

A D. Procuradoria, em sua contrarrazão ao Recurso Voluntário, complementa a acusação alegando que o ágio foi gerado internamente, o que no meu entender, contraria a própria autuação.

Se a fundamentação principal do TVF é no sentido de que a real adquirente é empresa situada no exterior e por isso não teria ocorrido a confusão patrimonial; como pode o ágio ora glosado ser gerado internamente, por empresas interligadas ao mesmo grupo? Com a devida vênia, me parece contraditória a alegação da D. Procuradoria de ágio gerado internamente.

Ao analisar o TVF, constatei que a fiscalização se pautou apenas na acusação de que a real adquirente era empresa situada no exterior e que por isso não existiu confusão patrimonial, bem como de que não existiria propósito para a criação das empresas veículo nacionais.

Assim, da análise do TVF, entendo que a alegação da D. Procuradoria não pode ser acatada, eis que estaríamos extrapolando os fundamentos da acusação e, ai sim, inovando o lançamento.

Sendo assim, face aos argumentos acima, para o presente item devemos apenas nos ater aos dois pontos da acusação que são: 1 - empresas veículo sem propósito negocial e 2 - a falta de confusão patrimonial devido a real adquirente estar situada no exterior.

Nesta linha, para manter a lógica do meu raciocínio, entendo que devem ser aplicados os mesmos fundamentos anteriormente aplicados, que foram pautados nos julgados acima indicados, sendo um deles proferido recentemente por esta C. Turma e o outro pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, cujas ementas colaciono abaixo.

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013*

*DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.*

*Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.*

***ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.***

*O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.*

*A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.*

*Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.*

*A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.*

*A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados,*

*dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.*

*Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.*

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013*

*IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.*

*Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.*

No mesmo sentido, segue ementa de outro caso que tratava de acusação muito semelhante e que ilustra de maneira ampla tal entendimento (Acórdão nº 1201.001.267, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Marcelo Cuba Neto, publicado em 18/02/2016):

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

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.*

*Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).*

*Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".*

*(...)*

*Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction).*

*Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.*

(...)

*Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.*

*Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".*

**No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se**

***uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.***

*Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.*

(...)

Vejam D. Conselheiros, que como os fundamentos da autuação são apenas os dois acima apontados, não resta dúvida de que este item do TVF deve ser cancelado.

A própria fiscalização ao autuar aponta a existência de operação entre empresas independentes, quando alega que os reais adquirentes são as empresas situadas no exterior e que por isso não teria ocorrido confusão patrimonial.

Não existe qualquer argumento de falta de pagamento do ágio e mesmo que se considerasse que esta operação acima narrada teria gerado ágio interno, não restou comprovado nos autos que ocorreu fora das condições de mercado (arm's length) e que não teve o efetivo e palpável sacrifício econômico na aquisição procedida.

E, por fim, conforme acima fundamentado, as empresas veículo tinham sim propósito negocial, e foram criadas com objetivos econômicos e empresariais claros, em decorrência de operações complexas e duradouras.

Acrescenta-se a estes fatos o impeditivo legal existente na legislação de Telecomunicações e de Licitação que exigiam o controle de empresa brasileira.

**Desta forma, voto por cancelar a glosa do ágio de R\$ 49.283.136,72 deste item 4.3 do TVF.**

#### 4.4) **Do ágio na TAB decorrente da capitalização dos AFACs na TESS (item**

Para este tópico, a fiscalização apenas descreve o histórico das operações societárias e explica como o ágio surgiu, mas não imputa nenhuma infração à legislação tributária.

Sendo assim, para o presente caso, entendo que deve ser aplicada a infração genérica do TVF, qual seja, a criação de empresas veículo sem propósito negocial e a de que o real adquirente é a empresa estrangeira, inexistindo a confusão patrimonial.

Assim, este tópico se enquadra na terceira hipótese dos exemplos iniciais do TVF, às fls. 5/8, abaixo colacionado.

*TESS S.A.*

*A TESS foi constituída em 15/08/1997, observando a composição originária do consórcio vencedor da Licitação n.º 001/96-SFO/MC para a exploração do Serviço Móvel Celular – SMC, Banda ‘B’, Área 2, nos termos que segue:*

*ACIONISTA AÇÕES ORDINÁRIAS*

*Eriline Celular S/A (“Eriline”) 12%*

*Primav 39%*

*Telia Overseas AB (“Telia”) 49%*

*Em março de 1998 foi firmado o Contrato de Concessão da Tess S.A. e em 06/04/1998, a composição acionária da Companhia sofreu alteração em decorrência de aumento capital subscrito, em parte, por acionista já pertencente ao quadro social (Eriline) e, em parte, por novos acionistas.*

*Em consequência desta operação, a nova estrutura acionária da TESS passou a ser a seguinte:*

*ACIONISTA AÇÕES ORDINÁRIAS*

*Eriline Celular S/A 31,00975%*

*Primav Construções e Comércio Ltda. 00,00051%*

*Telia Overseas AB 00,00064%*

*Tel Investimentos Ltda. 48,99936%*

*Lightel S/A – Tecnologia da Informação 19,98974%*

*O INGRESSO DO GRUPO AMÉRICA MÓVIL NO QUADRO ACIONÁRIO DA - TESS*

*Com efeito, em 14/02/2001, foi apresentada à ANATEL, para prévia aprovação, reestruturação societária por meio da qual o Grupo*

*América Móvil adquiriu (a) a totalidade das ações ordinárias de emissão da TESS detidas pela Algar Telecom S/A (“Algar”, anteriormente denominada Lightel) e (b) a totalidade das ações preferenciais detidas pelos demais acionistas da Companhia.*

*Antes dessa operação, capital social da TESS encontrava-se assim distribuído:*

**ACIONISTA AÇÕES ORDINÁRIAS AÇÕES PREFERENCIAIS**

*Algar 19,9% 31,78%*

*Telia Overseas 8,38% 12,33%*

*Telia AB 12,57% 18,49%*

*Tel Investimentos 43,95% 34,09%*

*Eriline 15,19% 3,31%*

*Após a aprovação pela ANATEL da reorganização societária submetida, pretendia-se que o capital social da TESS estivesse distribuído da seguinte forma:*

**ACIONISTA AÇÕES ORDINÁRIAS AÇÕES PREFERENCIAIS**

*Ipê Participações S/A (“Ipê”) 19,9% 31,78%*

*Telia Overseas - -*

*Telia AB - -*

*Tel Investimentos 64,91% -*

*Eriline 15,19% -*

*Tel Participações S/A (“Tel Participações”) - 68,22% - só tem preferenciais.*

*A ANATEL condicionou a aprovação da referida operação societária a uma série de restrições aos acionistas da Companhia cujo objetivo principal era a manutenção das condições originárias da licitação n.º 001/96-SFC/MC, permanecendo o controle societário da TESS detido, de forma conjunta, pelos grupos Telia e Eriline. Para tanto a ANATEL determinou que:*

*(a) a Telecom Américas se comprometesse a não adquirir ações ordinárias que implicassem na redução da participação dos grupos Telia e Eriline a valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) + 1 (uma) ação no capital social da TESS;*

*(b) deveria ser mantida a supremacia dos grupos Telia e Eriline no Conselho de Administração;*

*(c) a Ipê não participasse do controle da TESS enquanto as operadoras em questão fossem regidas pela regulamentação do SMC.*

*Uma vez que observadas todas estas condições a ANATEL entendeu que não haveria modificação do grupo de controle.*

**HISTÓRICO DOS INVESTIMENTOS DO GRUPO AMÉRICA MÓVIL NA TESS**

*Em 27/03/2002, a Telecom Americas Ltd. iniciou seus investimentos na TESS através da capitalização da empresa Telecom Americas Brasil (TAB).*

*Todos os aumentos de capital realizados na TAB podem ser verificados nas AGEs já enviadas.*

*Resumindo os valores, a TAB recebeu os investimentos nas datas e valores abaixo, e fez o aporte na TESS através de AFACs.*

*27/03/2002 R\$ 544.497.439,44*

*17/06/2002 R\$ 53.542.000,00*

*28/06/2002 R\$ 192.136.662,00*

*28/06/2002 R\$ 187.381.638,00*

*29/07/2002 R\$ 77.076.236,00*

*29/07/2002 R\$ 272.721.140,00*

*29/07/2002 R\$ 99.222.625,00*

*29/07/2002 R\$ 69.080.000,00*

*29/07/2002 R\$ 300.812.000,00*

*29/07/2002 R\$ 13.188.000,00*

*16/05/2003 R\$ 65.560.000,00*

*15/03/2004 R\$ 119.051.700,00*

*30/03/2004 R\$ 26.260.200,00*

*R\$ 2.020.529.640,44*

*Da análise das datas e valores acima podemos concluir que a Telecom Americas Ltd. iniciou seus investimentos na Tess em 27/03/2002, tendo finalizado apenas em 30/03/2004.*

Cópias das fls. 26/27 do TVF:

*As reorganizações societárias realizadas pelos controladores da Claro S.A. em relação à TESS S.A. são semelhantes àquelas realizadas em relação à ATL Telecom Leste S.A., alterando-se apenas as empresas veículo.*

*A entrada do capital mexicano na TESS, a exemplo da ATL, também foi efetuada com empresas veículo.*

*São três as empresas veículo que continham ágios fiscais em seus acervos, em 28/10/2004, imediatamente antes das incorporações das mesmas pela própria TESS S.A.: Ipê Participações S.A., Tel Participações S.A. e Telecom Américas Brasil Ltda., além da Eriline Celular S.A.*

*Em 28/10/2004, a TELECOM AMÉRICAS BRASIL LTDA.-TAB foi totalmente cindida, sendo parte do seu patrimônio incorporado pela CLARO TELECOM PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ nº 07.043.628/0001-13 e parte pela Ipê Participações S.A.*

*Na parte incorporada pela Ipê Participações S.A. se encontravam os ágios. Doc. 31*

*Vale lembrar que, em 27/09/2004, ou seja, um mês antes das incorporações, pela TESS S.A., das empresas veículo e a Eriline, que ocorreriam em 29/10/2004, foi constituída a Holding CLARO TELECOM PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ nº 07.043.628/0001-13., tendo como acionistas : Telecom Américas Ltda.(Bermudas), com 99% e AM Latin America LLC,(Delaware), com 1%. O capital inicial foi de R\$ 1.000,00. Doc. 50*

*Não nos esqueçamos que, em 26/10/2004, por meio de aumento de capital, todas as empresas do grupo, incluindo as empresas veículo foram levadas ao abrigo da CLARO TELECOM PARTICIPAÇÕES S.A.. O aumento de capital com as ações e quotas dessas empresas foi de R\$ 2.190.546.971,00. Doc. 51*

O v. acórdão recorrido, seguido pela D. Procuradoria, entendeu que o ágio em epígrafe, deste item 4.4, foi gerado internamente, entre empresas do mesmo grupo.

Vejamos a alegação da D. Procuradoria:

*Ora, é evidente que a capitalização dos AFACs se deu intragrupo. A investidora (formal) TAB era controlada pela Telecom Américas Ltd, e a investida TESS, desde 27/09/2004, era igualmente controlada (indiretamente) pela mesma Telecom Américas Ltd. O ágio contabilizado nessa ocasião é evidentemente um ágio intragrupo, pago, em última instância, pela Telecom Américas Ltd a ela mesma.*

Entretanto, não foi esta a acusação apontada no TVF. Na realidade, para este item, o TVF sequer indica a infração.

Assim, entendo que com base nas indicações genéricas apontadas sobre a aquisição da empresa TESS pela América Móvel (Telecom América Ltda) de fls. 5/8 e 26/27, onde estão contidas as operações com a TAB, devem ser analisadas em conjunto com este item 4.4 como sendo os fundamentos da fiscalização para a glosa deste ágio.

Novamente, como pode se observar dos trechos acima colacionados e da explicação da sequência das operações indicadas no item 4.4, a acusação se pautou apenas na questão relativa à criação de empresas veículo, sem propósito negocial e na falta de confusão patrimonial devido à real adquirente estar situada no exterior.

Assim, face meus votos relativos aos itens acima e para manter coerência com meu raciocínio, entendo que a jurisprudência apontada nos outros itens deve ser aplicada para este tópico.

Vejamos.

Não existe qualquer indício de falta de pagamento do ágio.

A própria fiscalização alega que a real adquirente é empresa estrangeira situada no exterior, o que nos leva a constatar que as operações ocorreram entre partes independentes.

Existia impeditivo legal na legislação de Telecomunicações e de Licitação para que a adquirente estrangeira controlasse as empresas operacionais brasileiras.

As operações eram complexas, duraram anos, tinham objetivos comerciais e empresariais claros, pautados na melhor forma de aquisição da empresa TESS.

Existiu a confusão patrimonial entre as empresas brasileiras e posteriormente, após a liberação do controle direto da Telecom pela ANATEL em 2004, também foram incorporadas pela empresa Recorrente, que é pertencente ao grupo da América Móvel, caracterizando, a meu ver, em confusão patrimonial.

O ágio jamais poderia ser utilizado pela empresa estrangeira, sendo certo que sua amortização só é prevista em território nacional; e foi o que ocorreu, sendo que a empresa adquirente apenas exerceu seu direito de gozar o benefício de amortização do ágio previsto na legislação nacional.

Desta forma, a simples acusação de que ao ágio não poderia ser amortizado devido à utilização de empresas veículo sem propósito comercial e extrafiscal não me parece suficiente para manter a autuação.

No mesmo sentido, entendo que a confusão patrimonial ocorreu, conforme prevista na legislação. A fiscalização desconsiderou as empresas veículo e por isso entendeu que não teria ocorrido a confusão patrimonial.

Entretanto, como entendo que as acusações em relação às empresas veículo não devem prosperar, pois para o presente caso sua criação tinha propósito comercial, a argumentação da fiscalização de que não ocorreu confusão patrimonial também deve ser desprovida, eis que restou caracterizada nos autos a confusão patrimonial entre as empresas nacionais.

**Desta forma, voto por cancelar a glosa do ágio no importe de R\$ 1.003.653.960,33, relativa a este item 4.4 do TVF.**

**Da interpretação de planejamento tributário e os fundamentos para qualificação da multa (item 5 do TVF)**

Da mesma forma que nas acusações dos itens relativos à glosa do ágio, a fiscalização entendeu que a criação de novas holdings veículos, sem propósito comercial, com a intenção exclusiva de propiciar a amortização do ágio que pertenceria a empresas sediadas no exterior caracterizaria planejamento tributário abusivo e fraude à lei tributária e por isso, qualificou a multa.

Esta fundamentação relativa à qualificação da multa foi genérica e serviu para todos os itens do TVF.

A Recorrente alega que as operações societárias ocorreram desta maneira, eis que existia um impeditivo legal para que empresas estrangeiras exercessem o controle de empresas de telecomunicação no Brasil.

Afirma que o contrato firmado entre as partes para aquisição das empresas operacionais TESS e ATL exigia que fossem incluídas as empresas holdings.

Aduz que as incorporações se deram desta maneira para facilitar o controle, otimizar custos, desburocratizar investimento, uniformização dos negócios e organização/administração do grupo, bem como que devido ao substrato econômico das empresas operadoras incorporadoras ser maior e mais duradouro, preferiu incorporar as holdings, não havendo razão para realizar as operações de outra forma.

Alega que se fosse para obter apenas vantagem fiscal, como alega a Fiscalização, teria organizado de outra forma as operações, já que ao realizar da forma que fez ocorreram outras perdas de cunho econômico fiscal, como abrir mão da marca consolidada e o não aproveitamento dos prejuízos fiscais acumulados por tais empresas (aproximadamente R\$ 350 milhões - doc. 17 da impugnação).

Passo a analisar a qualificação da multa.

No presente caso, analisando as operações como um todo, na maior parte não existiu alegação de falta de pagamento do ágio. O ágio efetivamente existiu e ocorreu na maioria das operações entre partes não relacionadas. Existiu efetivamente uma compra de participação societária e uma aquisição das empresas operadoras nacionais.

Todas as operações foram devidamente registradas e contabilizadas conforme determina a legislação, respeitando inclusive normas do setor de Telecomunicações e da ANATEL.

As operações têm propósito comercial e econômico, bem como foram registradas nos órgãos competentes e tornadas públicas através de demonstrações financeiras publicadas em jornais de grande circulação.

As empresas existiram de fato e duraram anos, assim como a operação durou anos.

Os fundamentos para qualificação da multa repetem os dois argumentos principais do TVF já exaustivamente comentados neste voto.

Frente a tais fatos, não verifiquei a comprovação de fraude ou dolo, conforme apontado pela fiscalização nos termos do artigo 71, 72 e 73 da Lei 4.502/62.

Este entendimento também pode ser visto no v. acórdão 1201001.470 da 2ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção de Julgamento deste E. CARF/MF, ementa abaixo:

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

*Exercício: 2009, 2010*

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

*Incabível a dedução de amortização de ágio decorrente de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.*

*INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

*Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a sucessão de operações societárias sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica de mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real e da contribuição social.*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

*Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2009, 2010*

*ACÓRDÃO DRJ. COMPOSIÇÃO DA TURMA INCOMPLETA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.*

*A Portaria 341/11 que estabelece que somente quando presente a maioria dos membros da Turma, poderá haver deliberação, bem como, que o Delegado da DRJ pode designar julgador ad hoc para participar de sessão específica em Turma de julgamento, visando garantir o quorum mínimo de 03 julgadores que uma vez alcançado, possibilita o julgamento.*

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REDUÇÃO.*

*A multa deve ser reduzida ao percentual de 75% por não haver nos autos comprovação cabal das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.*

Ademais, corroborando com o entendimento acima, segue a ementa do v. acórdão 1302.001.950 de Relatoria do Conselheiro Luis Tadeu Matosinho, de 09.08.2016.

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

*NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTOS DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.*

*Simples observação feita no acórdão recorrido a respeito de uma suposta dedução em duplicidade das despesas com ágio, não implica em alteração dos fundamentos do lançamento, vez que formulada como razão meramente adicional às conclusões que referendaram à autuação fiscal.*

*ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.*

*Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos entre controladora e controlada, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.*

*ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.*

*Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária, com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos.*

*Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.*

*ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONTÁBIL.*

*A ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pela aquisição de participações em operações com empresas controladas revelam a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.*

*TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.*

*Inexistindo previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio pela empresa (investidora) que teria adquirido o investimento com ágio, por meio de interposta pessoa jurídica, para a pessoa jurídica (investida) que o amortizar, é indevida a amortização do ágio.*

*JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DEDUÇÃO EM EXCESSO. GLOSA.*

*Não tendo sido reconhecida a legitimidade do ágio apurado, há que se ter como correta a recomposição do saldo do patrimônio líquido, com a exclusão da reserva especial de ágio para fins de cálculo do JCP, impondo-se a glosa do valor deduzido em excesso.*

**DA MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.**

***O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.***

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL**

*Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o lucro líquido as conclusões relativas ao IRPJ.*

**JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.**

*Constituído o crédito pelo lançamento de ofício, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tendo ambos a natureza de obrigação tributária principal e, sobre ele deve incidir integralmente os juros à taxa SELIC, nos termos dos art. 139 e 161 do CTN c/c o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.*

Ambos julgados acima foram no sentido de que se não está devidamente comprovada a fraude ou o dolo, a multa qualificada deve ser reduzida.

A redução da multa qualificada nos acórdãos acima indicados se deu devido ao entendimento de que não existia prova robusta da fraude e do dolo, bem como que o contribuinte interpretou a norma de forma equivocada, sendo que a jurisprudência administrativa da época reconhecia como válidas as operações que geraram o ágio.

No caso ora em julgamento entendo que a jurisprudência acima qualificada se amolda perfeitamente, eis que as operações ocorreram antes de 2005, seguiram a legislação nacional, não restou comprovada a fraude e o dolo da contribuinte, sendo que a fiscalização deveria comprovar os atos ilícitos ou simulados nos termos do Código Civil e Direito Comercial.

Sendo assim, a mera repetição dos fundamentos para a glosa do ágio não pode motivar a qualificação da multa. A fiscalização neste caso tem o dever de comprovar a fraude ou o dolo para praticar irregularidade tributária, o que não restou comprovado nos autos, eis que as operações tinham propósito negocial.

Desta forma, reduzo a multa qualificada de 150% para 75 %.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso Voluntário e nego provimento.

Processo nº 16561.720180/2014-38  
Acórdão n.º **1402-002.740**

**S1-C4T2**  
Fl. 3.873

---

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves

**Voto Vencedor**

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone – Redator Designado

Com o devido respeito, ousou divergir do voto exarado pelo Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves unicamente em relação ao provimento em maior extensão que deu ao recurso voluntário manejado pela recorrente e relacionado às exigências de ágio contidas no TVF, itens 3.3, 3.4 e 4.1 (neste caso apenas em relação ao mérito, acompanhando-o no afastamento da qualificação da multa) e integralmente no pertinente aos tópicos 4.2 e 4.3, do Termo de Verificação Fiscal.

Para melhor fixação, veja-se cada um dos itens do TVF:

➤ **Item 3.3 do TVF**

**ÁGIO NA SÂNDALO DECORRENTE AUMENTO DE CAPITAL COM AÇÕES DA ATL ALGAR TELECOM LESTE S/A. E COM NOTAS PROMISSÓRIAS**

Conforme acusação fiscal, estes foram os valores glosados a título de ágio (TVF – fls. 1680/1689):

<b>SUBSCRIÇÃO DE 1.559.000 ações - PL</b>	<b>R\$ 44.667.000,00</b>
<b>PL CONTÁBIL DA ATL X 18% - ATIVO</b>	<b>R\$ 38.179.425,07</b>
<b>ÁGIO - ATIVO</b>	<b>-R\$ 6.487.574,93</b>

	<b>R\$</b>
<b>VALOR DA NOTA PROMISSÓRIA</b>	<b>322.759.311,17</b>
<b>(-) PL CONTÁBIL PROPORCIONAL</b>	<b>-38.179.440,00</b>
<b>ÁGIO</b>	<b>284.579.871,17</b>

	<b>R\$</b>
<b>ÁGIO DEDUZIDO TRIBUTARIAMENTE PELA FISCALIZADA</b>	<b>390.380.130,85</b>
<b>(-) ÁGIO GLOSADO REAL ADQUIRENTE NO EXTERIOR</b>	<b>-284.579.871,17</b>
<b>ÁGIO A SER GLOSADO REFERENTE ESSA NP.</b>	<b>105.800.259,68</b>

Minha divergência com o voto do I. Relator concentra-se unicamente no que tange aos valores delineados na segunda planilha (**R\$ 284.579.871,17**), posto que, nos demais, com ele concordei por ocasião do julgamento.

Concentro-me, pois, neste ponto.

As razões para cancelamento dos lançamentos foram assim externadas pelo I.

Relator:

*“Em relação a este ágio de R\$ 284.579.871,17 gerado pela Nota Promissória de R\$ 322.759.311,17, entendo que a acusação não deve prevalecer (lembrando que o ágio de R\$ 6.487.574,93, gerado no aumento de capital, de R\$ 1.000,00 para 44.668.000,00, realizado em 18/12/1999 pela Algar Telecom da primeira operação, está embutido nesta operação ora em análise).*

*Esta operação relativa à nota promissória de R\$ 322.759.311,17 ocorreu entre empresas que não pertenciam ao mesmo grupo, ou seja, o grupo Algar e o grupo Telecom Américas. A própria fiscalização confirma este fato de independência entre as empresas que transacionaram, quando aponta que os reais adquirentes eram as empresas estrangeiras e que por isso não teria ocorrido a confusão patrimonial para amortizar o ágio.*

*Ademais, restou comprovado nos autos que ocorreu o efetivo pagamento da participação por meio da nota promissória acima citada, operação esta que gerou o ágio ora em análise.*

*Corroborando com os argumentos acima, as empresas que foram consideradas veículo pela fiscalização já existiam antes das operações ocorrerem ou foram criadas para que as empresas estrangeiras pudessem adquirir as ações/quotas da empresa situada no Brasil, devido à proibição da legislação de Telecomunicação e de Licitação (Lei Geral de Telecomunicações, Resolução da ANATEL, dentre outras que não permitiam o controle pelas empresas estrangeiras).*

*Assim, entendo que para o ágio de R\$ 284.579.871,17 relativo à nota promissória de R\$ 322.759.311,17 este pode ser amortizado, devendo esta parte do lançamento ser cancelada”.*

Data vênua, faço uma leitura diferente dos fatos.

Preliminarmente, há algumas premissas que entendo devam ser destacadas, por relevantes.

Uma delas, a de que não há de se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização em termos fiscais.

Em dizer mais explícito, regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, quando e se ocorrido este evento (os dispositivos a seguir transcritos são do RIR/1999):

*Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):*

*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;*

*III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.*

Situação só excetuada quando presentes os seguintes preceitos:

*Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).*

*Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).*

----

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

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

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

*§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).*

*§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*

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

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

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).*

Nesse sentido, investimentos realizados e adquiridos com ágio devem, por princípio e a princípio, compor, sempre e sempre, o ativo das empresas (supondo-se que por tempo indeterminado), posto que, em última análise, não se está diante de inversões em circulante ou disponibilidades mas em legítimo bem perene, destinado – presume-se - a alavancar a atividade da investidora.

A situação foi excepcionada a partir de 1.997, por força da vigência da Lei nº 9.532 que definiu:

**Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):**

*I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso III do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;**

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).*

*§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):*

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

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

*§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):*

*I - 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;*

*II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).*

*§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).*

*§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):*

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

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

*§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).*

Com isso, a fotografia é a seguinte: haverá possibilidade de amortização do ágio mensalmente à razão de 1/60 quando presentes no mínimo e sem prejuízo de outros, os seguintes **requisitos indispensáveis**: i) a operação ser realizada entre partes independentes; ii) haver efetivo pagamento; iii) não se utilizar empresas de fachada; iv) haver confusão patrimonial entre investida e investidor.

A propósito, os conceitos expendidos pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto quando ainda nesta Turma (Ac. nº 1402-001.460) são absolutamente pertinentes (negritos acrescidos):

*“... o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas, seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possuiu condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).*

*Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II)”.*

No caso concreto, como bem relatado pela Autoridade Fiscal, depois de várias engenharias societárias, foi aprovado aumento de capital da Sândalo, integralmente subscrito pela SBCI Brasil Participações Ltda. (SBCI Participações - grupo Telecom Américas - constituída em 02/12/1999) e integralizado, no montante de R\$ 591.723.238,50, mediante a entrega à Sândalo de duas notas promissórias nos valores de R\$ 322.759.311,17 e R\$ 268.963.927,33, vencíveis em 10/01/2000 e 28/03/2000. Nessa operação foi contabilizado um ágio de R\$ 558.738.118,50, do qual foi deduzido para fins fiscais o valor de R\$ 390.380.130,85. Sequencialmente, em 30/12/1999, foi reduzido o capital social da Sândalo mediante a restituição das respectivas ações detidas pelas empresas Algar S/A Empreendimentos e Participações; Algar Telecom S/A e Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. Assim, a SBCI Brasil Participações (grupo Telecom Américas) passou a ser a única acionista da Sândalo.

E, finalmente, a NP de R\$ 322.759.311,17 foi utilizada para o pagamento do grupo Algar pela sua saída do quadro societário da Sândalo, restando, deste modo, o ágio glosado em relação à essa nota promissória – **R\$ 284.579.871,17**, posto que os reais adquirentes das ações da Algar Telecom Leste S/A foram a SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware).

Em síntese, como bem alinhavado pela PGFN em suas contrarrazões de fls., o que houve foi que, *“mediante operação conhecida como casa-separa, o grupo Algar alienou a Sândalo, sociedade detentora de ações da ATL, ao grupo Telecom Americas, por intermédio da SBCI. Ou, como disse o autuante: “Isto significa dizer que os reais adquirentes das ações da Algar Telecom Leste S/A. - ATL foram a SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware). A SBCI Brasil Participações Ltda. e a Sândalo Participações S.A. serviram apenas de canais de trânsito, haja vista que, à época (29/12/1999) da entrega das notas promissórias de aproximadamente R\$ 600 milhões, pela SBCI Participações, ela tinha um capital apenas de R\$ 1.000,00”.*

*“Nesse desenho”, ainda segundo a Procuradoria Fazendária, “fácil conceber que o real adquirente das ações da Sândalo (ATL), nos termos expostos nas considerações gerais acima, foram as sociedades estrangeiras que forneceram os recursos que apenas transitaram pela SBCI Brasil Participações, mero veículo da aquisição. Com isso, tem-se que as operações societárias que levaram, por fim, o ágio contabilizado na SBCI Brasil Participações para a Claro S/A não autorizam que a Claro proceda à sua amortização”.*

Como visto antes, o artigo 386 do diploma regulamentar do IR exige que, para fins de dedutibilidade do ágio, haja encontro dos valores do investidor e investido em um mesmo patrimônio, diga-se, passe a existir um patrimônio de forma una e indissociável, a chamada “confusão patrimonial”.

Nesse patamar, o ágio gerado será dedutível.

Ora, isto só faz sentido se a adquirente efetivamente tenha suportado (regular, oficial e comprovadamente) o ônus da mais valia do investimento. E, repise-se, suportado no terreno das coisas reais e essenciais, não apenas na forma.

Se a situação estampada for diferente desta, o ágio, embora possa ser “ágio” sob o aspecto formal, [a despesa] não será dedutível.

**Obviamente nesta restrição encontram-se os procedimentos em que utilizadas “interpostas pessoas”, popularmente “empresas-veículos” ou “de prateleira”.**

Nos autos, exsurge explicitamente que as reais adquirentes da participação da Algar na Sândalo (e conseqüentemente na ATL) foram as empresas estrangeiras SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), que forneceram os recursos à SBCI Participações para liquidação da referida NP, conforme se constata do TVF (fls. 1685).

Assim, inequívoca a presença de empresas veículos que permitiram a operação (feitas, reporte-se, com recursos **integralmente entregues** pela SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), na forma dos aumentos de capital realizados em 11/01/2000, de R\$ 1.000,00 para R\$ 629.976.404,00, pretensamente programados para quitar as NPs, vencíveis em 10/01/200 e 28/03/2000).

Ou seja, um painel de artificialidade cujo objetivo – abstraindo conceituações de cunho societário, mas restringindo seus efeitos à ótica tributária – foi o de permitir que um “ágio” assim gerado (indevidamente sob o ponto de vista fiscal) pudesse compor os resultados futuros da recorrente, reduzindo drasticamente as bases imponíveis de IRPJ e de CSLL.

Também não me sensibiliza a argumentação da recorrente de que a estrutura engendrada para realizar a operação tenha decorrido de eventuais restrições legais para que empresas estrangeiras detivessem o controle das concessões ou autorizações de serviços de telefonia.

Muito a propósito as ponderações da PGFN refutam com propriedade tais arguições, pelo que as adoto subsidiariamente como razões de decidir:

*“Tal vedação vinha consignada no Decreto 2.617/98, nos seguintes termos:*

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

*Percebe-se que vedação legal se referia apenas à aquisição do **controle** das concessionárias por pessoa jurídica estrangeira (a concessão só será concedida a empresa cuja maioria das ações com direito a voto – ordinárias – pertençam a pessoas naturais ou jurídicas brasileiras).*

*Neste diapasão, cumpre observar que aquisição da participação da Sândalo em tela se deu em 29/12/1999, sendo que em 31/12/1999 a Sândalo não estava nem perto de obter o controle da ATL, conforme se vê da composição societária desta à p. 64 do TVF:*

*Das 4.734.334 ações ON de emissão da ATL, Sândalo Participações e JOHI (adquirida posteriormente pelo Grupo America Móvil e Telecom Americas, como visto nos itens e) e f) acima), passaram a deter apenas 2.319.823, ou seja, menos que 50%.*

*Vê-se, portanto, que a aquisição das ações da ATL detidas pelo grupo Algar por intermédio da Sândalo não outorgaria à SBCI o controle da concessionária. Não existia, portanto, óbice regulatório à aquisição direta do investimento pelas pessoas jurídicas estrangeiras que forneceram os recursos à SBCI Participações. Em outras palavras, não era necessário o uso da empresa veículo.*

*A constituição e uso da empresa veículo, à toda evidência, se prestou apenas para possibilitar sua futura incorporação para fins de amortização de ágio, sem que o real adquirente do investimento fosse objeto da confusão patrimonial entre investidor e investida prevista na legislação (arts. 385 e 386 do RIR/99)”.*

Ademais, o tema já foi objeto de pronunciamento pela E. CSRF em caso semelhante (alegação do contribuinte de que havia vedação legal para aquisição, por parte de empresa estrangeira, do controle acionário de sociedade sujeita à fiscalização de Agência Reguladora), assim ementada (Ac. 9101-002.187, sessão de 20 de janeiro de 2016, Relatoria do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo):

#### *TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.*

*A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*

*Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.*

Excertos do voto condutor estampam o cenário com clareza solar:

*“A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.*

*A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. **Pouco importa***

***terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados”.***

Por fim, não se olvide o direito que os contribuintes têm de estruturarem-se empresarialmente da forma que melhor lhes aprouver, porém esta liberdade de cunho constitucional não pode ser motivo para criação de engenharias societárias que visem, estritamente sob o ângulo fiscal, criar artificios que, ainda que formalmente corretos, visem obter vantagens que a lei não permite.

Ou seja, eventual direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Na lição consagrada de Marco Aurélio Greco, in “Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198/208”, encontramos:

*“... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190.)*

(...)

*Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto. Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208).*

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

Concluindo, como o ágio foi efetivamente suportado por empresas estrangeiras e obviamente não poderiam ter aproveitamento fiscal no Brasil, é possível entender que o que levou à estruturação da operação nos moldes em que feita teria sido, de fato, tentar permitir à recorrente (sediada no país) utilizar-se das despesas geradas com a amortização do ágio indevidamente aproveitado.

Entretanto, não me parece que todos estes fatos narrados, ensejadores da autuação e improvemento do recurso voluntário nesta parte, sejam suficientes, *per si*, para qualificar a multa, elevando-a ao patamar de 150%, mais ainda quando o Fisco apenas repete os mesmos fundamentos utilizados para a lavratura das infrações principais. Para se aplicar a qualificação da pena, deve restar comprovado e devidamente enquadrada nos autos a conduta de cada uma das partes envolvidas na lide tributária em uma das hipóteses previstas nos respectivos dispositivos legais que tratam do assunto.

Em suma, quando a fiscalização não comprova e não enquadra precisamente a prática do ato em uma das hipóteses específicas previstas em lei, deve ser afastada a qualificação da multa, isto porque, como bem pontuado no Acórdão nº 1402-002.373, desta C. 4 Câmara/ 2 Turma Ordinária, “*acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados*”.

Pelas razões expostas e o que mais consta dos autos, VOTO, neste item 3.3, no sentido **DAR PROVIMENTO PARCIAL** para **MANTER** a acusação fiscal em relação à matéria de mérito e **AFASTAR** a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

**Em suma, mantém-se a glosa no valor de R\$ 284.579.871,17, com aplicação de multa de ofício de 75%.**

➤ **Item 3.4 do TVF**

**ÁGIO NA ATL PARTICIPAÇÕES S.A.(ex-Algar Telecom Participações)  
DECORRENTE DO AUMENTO DE CAPITAL COM NOTAS PROMISSÓRIAS**

Segundo o TVF (fls. 1692), o ágio descrito neste item está assim formulado:

<b>Valor do investimento da SBCI na ATL Participações</b>	<b>R\$ 228.621.936,70</b>
<b>Ações subscritas pela SBCI</b>	<b>1810883</b>
<b>total de ações da ATL Participações</b>	<b>4225394</b>
<b>Patrimônio Líquido da ATL Participações</b>	<b>R\$ 42.186.000,00</b>
<b>Valor do aumento de capital</b>	<b>R\$ 228.621.936,70</b>
<b>Percentual de Participação da SBCI na ATL Participações</b>	<b>42,86%</b>
<b>Equivalência patrimonial</b>	<b>R\$ 116.060.535,14</b>
<b>Ágio</b>	<b>R\$ 112.561.401,56</b>

Conforme se vê pelo próprio voto do I. Relator, “*a situação que motivou a glosa deste ágio foi a mesma da Sândalo, analisada no item acima*”, ou seja, repetem-se os pontos principais pelos quais entendo que a glosa foi corretamente efetuada pelo Fisco, a saber: i) os reais adquirentes são as empresas SBC International Brasil Honding (Ilhas Cayman) e a Telemex Wireless Brasil LLC (Delaware); ii) inexistiu confusão patrimonial; e, iii) houve a utilização de empresas veículos.

Com isso, as alegações da recorrente, da mesma forma que no item precedente, resultam frágeis e sem condição de rebater o trabalho fiscal, pelo que, adotando os argumentos antes aduzidos em relação ao item 3.3 do TVF (que deixo de transcrever neste ato a fim de evitar repetições desnecessárias) voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário relativamente ao tópico 3.4 do TVF, no importe de **R\$ 112.561.401,56**.

Todavia, assim como no item precedente, a qualificação da multa não se sustenta, posto que, como dito antes, quando a fiscalização não comprova e não enquadra precisamente a prática do ato em uma das hipóteses específicas previstas em lei, deve ser afastada a qualificação da multa, isto porque, como bem pontuado no Acórdão nº 1402-002.373, desta C. 4 Câmara/ 2 Turma Ordinária, “*acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados*”.

Pelas razões expostas e o que mais consta dos autos, VOTO, neste item 3.4, no sentido **DAR PROVIMENTO PARCIAL** para **MANTER** a acusação fiscal em relação à matéria de mérito e **AFASTAR** a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

**Em suma, mantém-se a glosa no valor de R\$ 112.561.401,56, com aplicação de multa de ofício de 75%.**

➤ **Item 4.1 do TVF**

**ÁGIO NA IPÊ PARTICIPAÇÕES S.A. DECORRENTE DE AUMENTO DE CAPITAL COM NOTAS PROMISSÓRIAS**

Com os devidos ajustes ao caso concreto, repetem-se aqui as mesmas situações antes analisadas.

Segundo o TVF (fls. 1698/1702), as operações foram assim alinhavadas:

- Constituição da IPÊ PARTICIPAÇÕES S.A., em 12/12/2000, com capital de R\$ 1.000,00, sendo acionistas Algar S/A Empreendimentos e Participações (R\$ 997,00) e Dilson Dalpiaz Dias, Geraldo Batista Caetano e Cícero Domingos Penha com participação de R\$ 1,00 cada um deles;
- Em 28/02/2001, a IPÊ recebeu da Algar Telecom 81.014.111 ações de emissão da TESS, avaliadas em R\$ 50.639.112,00, como aumento de capital;
- Na sequência, em novo aumento de capital, a Algar Telecom conferiu ao capital social da IPÊ 82.320.932 ações ordinárias e 337.675.597 ações preferenciais de emissão da TESS que eram de sua propriedade;
- Em 09/04/2001, aumento do capital social da TAB (holding nacional do grupo Telecom Americas Ltd. no montante de R\$ 345.906,057,00 (em dinheiro), subscrito e integralizado pela Telecom Americas Ltd;
- Nessa mesma data, a Telecom Américas do Brasil Ltda. ingressou como acionista da IPÊ, subscrevendo 501.010.640 ações ordinárias “B”, no valor de R\$ 534.436.398,60, integralizadas por meio de um cheque de R\$ 344.592.609,30 e uma nota promissória de US\$ 87.805.434,00, correspondente a R\$ 189.843.789,30, emitida pela Telecom Americas Ltd. em favor da TAB, que foi endossada para a IPÊ;

➤ Assim, o capital social da IPÊ passou para R\$ 628.330.220,00.

O valor de R\$ 313.165.110,00 foi destinado para capitalização e o montante remanescente de R\$ 220.271.288,60 (posteriormente o valor foi retificado para R\$ 221.271.288,60) à formação da conta reserva de ágio para futura capitalização. Ato contínuo, foi reduzido o capital social da IPÊ para R\$ 314.165.110,00, mediante resgate de ações com a utilização do saldo de reservas, retirando-se da sociedade a Algar Empreendimentos, que recebeu em pagamento parte em dinheiro e a nota promissória de US\$ 87.805.434,00, totalizando o valor de R\$ 534.436.398,60.

Em suma, na prática, surgiu – novamente – uma operação casa-separa, com o grupo Algar alienando a IPÊ, **sociedade cujo único ativo eram ações da TESS**, ao grupo Telecom Americas, por intermédio da TAB.

Na linhagem sucessória, Algar Telecom S.A.(ex-Lightel) aliena parte das ações que ela detinha na TESS S.A. para a Telecom Américas Ltd., utilizando a Ipê Participações S.A. e a Telecom Américas Brasil Ltda.-TAB como canais de trânsito.

Nesse contexto fica claro que as operações de aumento de capital da IPÊ, com o ato contínuo de redução do seu capital social, serviram para encobrir a operação real, que foi a alienação das ações da TESS S.A., detidas pela Algar, para a Telecom Américas Ltd. (por intermédio da sua subsidiária brasileira – a TAB).

O ingresso da Telecom Americas do Brasil Ltda. como acionista da IPÊ, subscrevendo ações no montante de R\$ 534.436.398,60, simplesmente oportunizou o pagamento da aquisição das ações da TESS à Algar Empreendimentos, tendo em vista o ato contínuo de redução do capital e a retirada da sociedade da Algar, que recebeu como pagamento o mesmo valor do aumento de capital.

Em síntese, a efetiva e verdadeira adquirente das ações da TESS foi a Telecom Américas Ltd.(não a empresa-veículo TAB). E por um motivo singelo: os **recursos (em última análise, o ponto mais relevante de uma operação, posto que sem eles – recursos – não há nem venda nem compra)** saíram da Telecom Américas Ltd. para a TAB no mesmo dia em que esta adquire as ações da IPÊ.

**Em dizer claro, a TAB não tinha condições de realizar o adimplemento do investimento que foi, verdadeiramente, assumido e resgatado pela Telecom Américas Ltd.**

**E quem, nesta ordem de fatores é a TAB? Nada mais que a “empresa veículo” inserida no rol operacional das transações única e exclusivamente para permitir a transferência do ágio!**

**Ágio que, inequivocamente, surgiria no negócio realizado entre a vendedora (Grupo Algar) e a VERDADEIRA compradora, no caso, a sociedade estrangeira Telecom Américas Ltd.**

**Ora, como o ágio não pode ser utilizado por empresa localizada fora do Brasil, criou-se todo um mecanismo – altamente complexo – que levou, por vias transversas, a que a recorrente, no final de toda a engenharia montada, viesse a dele (ágio) se aproveitar, beneficiando-se de expressivo ganho tributário o qual, inclusive e**

**sem nenhuma sombra de dúvidas, deve ter sido levado em consideração quando dos estudos para aquisição e preço final do investimento.**

Como já antes dito neste voto, nada impede que empresas se estabeleçam e promovam suas atividades da melhor forma que entenderem viável, nem que empresas estrangeiras adquiriam – com ágio – sociedades nacionais. Este é ponto que interessa somente às partes. Todavia, como igualmente já manifestei alhures, uma coisa é o ágio surgido na operação. Outra, BEM DIFERENTE, é a possibilidade de seu aproveitamento em contraposição às bases imponíveis de tributos nascidos com fundamento no lucro (IRPJ e CSLL). Neste caso, compulsoriamente, só são admitidas deduções se todos os requisitos legais restarem cumpridos, o que não vejo neste caso.

De outra banda, a respeito dos repetidos argumentos de que a legislação brasileira não permite a aquisição acionária de sociedades da área de telecomunicações por entidades estrangeiras, o que justificaria a operação arquitetada, embora críveis neste ponto, não podem levar ao absurdo de que, utilizando-se de empresas veículos criem-se todos os artificios formais que levem, ao final, a que a recorrente usufrua de um ágio que, de direito e efetivamente, foi assumido pela real adquirente, empresa não nacional - Telecom Américas Ltd.

Cenário bem observado e retratado pela decisão recorrida, cujo excerto do voto condutor (fls. 3430/3431), aqui adoto subsidiariamente, pela pertinência:

*“Em face de a legislação de telecomunicações não permitir que empresas estrangeiras possuam o controle direto de empresas brasileiras detentoras de concessão, permissão ou autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações, que somente pode ser concedida àquelas constituídas sob as leis locais, com sede e administração no País (art. 86 da Lei nº 9.472, de 1997, e art. 1º do Decreto nº 2.617, de 1998), o controle da TESS S.A. não poderia ser exercido diretamente pela Telecom Américas Ltd., por ter esta empresa sede no exterior.*

*Diante dessas normas, restou à Telecom Américas Ltd. constituir uma subsidiária no Brasil para efetuar seus investimentos no País (mais uma, pois já havia sido constituída a SBCI Participações, em 02/12/1999), atendendo, dessa forma, a legislação brasileira que exige que a concessão, permissão ou autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações seja concedida apenas às empresas constituídas sob as leis brasileiras.*

*Embora, sob a perspectiva da lei brasileira o esse procedimento de constituição da subsidiária da Telecom Américas Ltd. no Brasil não constituir nenhuma irregularidade, as operações seguintes é que trazem em seu bojo artificialidades que demonstram que se visou, de forma abusiva, a economia no pagamento de tributos. Primeiro, pelo não pagamento do ganho de capital por parte dos alienantes e, segundo, criando condições jurídicas para o futuro aproveitamento fiscal do ágio pelos adquirentes, onde a IPÊ entra como empresa veículo que serviu para transferir o ágio pago inicialmente até a Claro S. A., via cisão da TAB, com a versão do investimento para a IPÊ, incorporação da IPÊ pela TESS (28/10/2004) e incorporação da TESS pela Claro S. A. (31/12/2005), conforme acima demonstrado.*

*Abstraindo-se as operações de aumento de capital da IPÊ e o ato contínuo de redução de seu capital, com a saída da Algar da sociedade, percebe-se que houve efetivamente uma operação de compra e venda entre terceiros independentes (Algar e Telecom) e dispêndio econômico com pagamento de sobrepreço pelas ações da TESS S.A.*

*Ocorre que, caso Telecom Américas do Brasil Ltda. adquirisse diretamente as ações da TESS S.A. detidas pela Algar, o ágio decorrente desse investimento somente poderia ser utilizado na apuração do ganho de capital numa eventual alienação do investimento (art. 391 do RIR/99), porque a incorporação da TESS S.A. pela Telecom Américas do Brasil Ltda., ou desta pela TESS S.A. (condição para o aproveitamento do ágio, conforme art. 386, III, do RIR/99), ficaria inviabilizada em face da proibição de empresas estrangeiras possuírem o controle direto das operadoras de telecomunicações no Brasil.*

*Além disso, a operação de compra direta implicaria para a parte vendedora (a Algar) a apuração do ganho de capital decorrente da alienação do investimento detido na TESS S.A., situação que evidentemente impactaria no preço final do negócio.*

*Desse modo, a constituição da IPÊ serviu como justificativa jurídica que oportunizaria a não tributação do ganho de capital e a dedutibilidade futura do ágio, pois, caso a operação se desse de forma direta, teria que ser efetuada a apuração do ganho de capital e não seria possível a dedutibilidade do ágio, porquanto, ou se cairia na proibição de empresa estrangeira deter o controle direto das empresas operacionais de telecomunicações, ou, por outro lado, o ágio teria que permanecer no ativo da TAB e somente seria passível de dedutibilidade quando da alienação do investimento, o que, por razões óbvias, não ocorreria (não era intenção do grupo Telecom Américas de se desfazer posteriormente dos investimentos realizados no Brasil)”. (negritos acrescidos).*

De outro giro, como já se repetiu nos tópicos 3.3 e 3.4, acusações genéricas de fraude, conluio ou sonegação não podem ser aceitas para exasperar a penalidade ao patamar de 150%, mais ainda quando o Fisco apenas repete os mesmos fundamentos utilizados para a lavratura das infrações principais. Para se aplicar a qualificação da pena, deve restar comprovado e devidamente enquadrada nos autos a conduta de cada uma das partes envolvidas na lide tributária em uma das hipóteses previstas nos respectivos dispositivos legais que tratam do assunto.

Em suma, quando a fiscalização não comprova e não enquadra precisamente a prática do ato em uma das hipóteses específicas previstas em lei, deve ser afastada a qualificação da multa, isto porque, como bem pontuado no Acórdão nº 1402-002.373, desta C. 4 Câmara/ 2 Turma Ordinária, “*acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados*”.

Pelas razões expostas e o que mais consta dos autos, VOTO, neste item 4.1, no sentido **DAR PROVIMENTO PARCIAL** para **MANTER** a acusação fiscal em relação à matéria de mérito e **AFASTAR** a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

**Em suma, mantém-se a glosa no valor de R\$ 120.681.404,99, com aplicação de multa de ofício de 75%.**

➤ **Item 4.2 do TVF**

**ÁGIO REGISTRADO NA TESS S.A. COM ORIGEM NO ACERVO DA TEL PARTICIPAÇÕES S.A**

Mediante as seguintes operações sequenciais, a Tel Participações S/A registrou um ágio de R\$ 138.726.191,00, alterando-o depois para **R\$ 153.505.206,50**.

No caso, os autos mostram que o ágio gerado decorreu exclusivamente de operações envolvendo empresas do mesmo grupo econômico, o que não é admitido nem pelas normas contábeis (CPC – Orientação Técnica CPC 02/2008)<sup>2</sup> CFC (Resolução nº 1.110)<sup>3</sup> e nem pela CVM (OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2007), como abaixo reproduzo (destaques acrescidos):

**20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas**

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

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

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

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

---

<sup>2</sup> “É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura **se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade** (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum)”.

<sup>3</sup> **RESOLUÇÃO CFC Nº 1.110/2007**

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

*Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.*

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

Dizendo de outro modo, ainda que formalmente corretas as operações societárias (protocolo, justificção, etc.), o ágio nascido deste procedimento não se reveste dos requisitos que lhe dariam substância a ensejar a dedução da despesa surgida, via amortização. Ou seja, só manter aparência de regularidade não é suficiente para o reconhecimento do ágio surgido em uma determinada operação. Muito mais que isso, o que se exige é o atendimento a vários requisitos, dentre os quais, efetivo pagamento, realização entre partes independentes, etc.

Como bem pontuado pela decisão de piso (fls. 3433): “*Não foi o art. 22 da Lei 12.973, de 2014, que inaugurou esse entendimento. A não inclusão do benefício fiscal de amortização do ágio gerado em participações societárias entre partes dependentes apenas serviu para explicitar, no campo tributário, uma regra consensual da ciência contábil, considerando um contexto de adaptação derivado da adoção de normas internacionais de contabilidade. O ágio aqui tratado foi gerado pelo mesmo grupo econômico, mediante jogo de transferência de ações de uma controlada para outra, portanto, desde a sua origem, não dedutível*”. (destacado).

Adicionalmente, registre-se que o laudo que buscou amparar a operação foi **elaborado somente em 23/12/2015 para projetar rentabilidade para 2014**. Ou seja, está-se diante de um fato *sui generis*: **projetar “o passado”**.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário e mantenho a glosa de ágio presente no item 4.2 do TVF no valor de **R\$ 153.505.206,50**.

➤ **Item 4.3 do TVF**

**ÁGIO NA TEL INVESTIMENTOS LTDA. ORIGINADO DO AUMENTO DE CAPITAL COM AÇÕES DA TESS S.A.**

A operação que culminou com a glosa do ágio tratada neste item – **R\$ 49.283.136,72** – encontra-se desenhada da seguinte forma, conforme TVF (fls. 1707/1708):

*“Em 28/02/2001, a Tel Investimentos Ltda., CNPJ nº 02.432.366/0001-65, aumentou seu capital mediante a emissão a emissão de 75.480.000 e 50.320.490 novas quotas totalmente subscritas e integralizadas por suas quotistas, Telia AB e Telia Overseas AB.*

*O aumento de capital se deu com 75.480.000 e 50.320.490 ações ordinárias que as mesmas detinham na TESS, nos valores de R\$ 75.480.000,00 e R\$ 50.320.490,00, respectivamente.*

*Decorrente desse aumento de capital, a Tel Investimentos Ltda. registrou um ágio fiscal de R\$ 49.283.136,72, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, conforme demonstrativo a seguir, elaborado pela Fiscalizada:*

*Ao receber as ações da TESS S.A. por um valor superior ao seu valor patrimonial, Tel Investimentos Ltda. registrou um de **ágio de R\$ 49.283.136,72**, decorrente da aplicação do artigo nº 385 do RIR/99.*

Valor patrimonial das ações da TESS =	<b>R\$ 0,6082</b> (R\$ 1.095.448.696,67/1.801.003.000)
Valor atribuído às ações aportadas =	<b>R\$ 1,00</b> (R\$ 125.800.490,00/125.800.490)
R\$ 1,00 – R\$ 0,6082 =	R\$ 0,3918 x 125.800.490 = <b>ágio de R\$ 49.283.136,72</b>

*Em 03/04/2001, as empresas Telia AB e Telia Overseas AB se retiram da sociedade e transferem suas quotas para Tel Holdings International, LLC e José Roberto Camargo Ópice.*

*Em 14/06/2002, José Roberto Camargo Ópice transfere sua única quota para a Telecom Américas Brasil – TAB.*

*Em 27/09/2004, a Tel Holdings International, LLC foi incorporada pela Telecom Américas Investments Ltd.*

*Em 30/09/2004, a TAB transfere sua única quota para a Claro Telecom Participações S.A. e se retira da sociedade.*

*Em 26/10/2004, a Telecom Américas Investments Ltd. transfere as suas ações da Tel Investimentos para a Claro Telecom Participações S.A. Esta passa a ser a nova sócia da Tel Investimentos Ltda.*

*Em 28/10/2004, a Tel Investimentos Ltda. foi incorporada pela Eriline Celular S.A., CNPJ nº 01.658.519/0001-24.*

*Em 29/10/2004, a Tess S.A. incorporou a Eriline Celular S.A.*

*Em 31/12/2005, a Tess S.A. foi incorporada pela Claro S.A., na época denominada BCP S.A.*

*A partir de meados de 2008, a Claro S.A. começou a amortizar o ágio em questão”.*

Para concluir a acusação:

*“Constata-se diante do exposto, que o ágio gerado na Tel Investimentos Ltda., em função da equivalência patrimonial em relação à TESS, tem a mesma característica daquela já apontadas em subtópicos anteriores, ou seja, o real adquirente está situado no exterior”.*

Trata-se, pois, de matéria já enfrentada neste voto (aquisição, com ágio, realizada por sociedade estrangeira), pelo que despidendo a ela voltar.

Adicionalmente, não posso deixar de destacar que, embora a D. PGFN<sup>4</sup> e a decisão recorrida<sup>5</sup> tenham se referido explicitamente a “ágio gerado em operações internas de empresas do mesmo grupo”, fato é que o TVF cuidou apenas de citar a aquisição por não residente<sup>6</sup> como fato motivador da glosa da amortização.

De qualquer, esta constatação em nada modifica a conclusão, ou seja, o ágio foi suportado pela legítima adquirente, empresa situada no exterior e, nessa linha, inexistiu a obrigatória “confusão patrimonial”. Conseqüentemente, não há ágio a amortizar, pelo que a glosa feita pelo Fisco é procedente e deve ser mantida.

Assim, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário e ratificar os lançamentos presentes neste tópico do TVF (item 4.3), mantendo a glosa da amortização de ágio no valor de **R\$ 49.283.136,72**.

**Em síntese final e para que não haja dúvidas no entendimento e cumprimento do acórdão, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário em relação às infrações identificadas nos itens 3.3, 3.4 e 4.1 do TVF, afastando**

---

<sup>4</sup> Percebe-se aqui a mesma situação do ágio gerado nas operações que envolveram a Tel Participações, pois o aumento de capital envolveu somente empresas do mesmo grupo econômico. **Trata-se, a toda evidência, de mera reavaliação dos investimentos que Telia AB e Telia Overseas detinham na TESS.**

<sup>5</sup> Percebe-se aqui a mesma situação do ágio gerado nas operações que envolveram a Tel Participações, pois o aumento de capital envolveu somente empresas do mesmo grupo econômico.

As referidas operações podem até ter cumprido com as formalidades legais, mas o ágio traz, desde a origem, o vício de ter sido gerado pelo mesmo grupo econômico. Portanto, por ter sido gerado em operações entre pessoas jurídicas ligadas e interdependentes, não atende desde a sua origem aos requisitos de dedutibilidade constantes das normas contábeis e legais.

<sup>6</sup> *“Constata-se diante do exposto, que o ágio gerado na Tel Investimentos Ltda., em função da equivalência patrimonial em relação à TESS, tem a mesma característica daquela já apontadas em subtópicos anteriores, ou seja, o real adquirente está situado no exterior”.*

Processo nº 16561.720180/2014-38  
Acórdão n.º **1402-002.740**

**S1-C4T2**  
Fl. 3.892

---

**a qualificação da multa de ofício e MANTER INTEGRALMENTE os lançamentos identificados nos itens 4.2 e 4.3 do TVF.**

É como voto.

Brasília (DF), em 19 de setembro de 2017.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone