



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720180/2014-38
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 07 de março de 2023
Recorrentes CLARO S/A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (*acórdão recorrido x paradigmas*) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate.

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (*incorporação reversa*).

O uso de *holding* (ou *empresa veículo*), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE *HOLDING*.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO *REAL ADQUIRENTE*.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa *holding* constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do “*real adquirente*”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir *confusão patrimonial* entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de *simulação*, o que não se revela no caso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) e pelo contribuinte, em face do Acórdão n.º **1402-002.740** (fls. 3.810/3.892), complementado pelo Acórdão n.º **1402-003.940** (fls. 4.049/4.059), este último proferido em sede de embargos de declaração que foram acolhidos para fins de dar nova redação ao dispositivo do acórdão e à conclusão do voto vencedor.

Transcrevo abaixo as ementas e dispositivos dos acórdãos em questão:

Acórdão n.º 1402-002.740

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 n.º 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 n.º 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 atuação 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.

Acórdão nº 1402-003.940

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Acolhem-se os embargos de declaração com efeitos infringentes para afastar a obscuridade ou contradição suscitadas, dando nova redação ao dispositivo do acórdão e à conclusão do voto vencedor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos Embargos de Declaração e dar provimento, com efeitos infringentes, de modo a afastar a obscuridade ou contradição suscitadas, dando nova redação ao dispositivo do acórdão e à conclusão do voto vencedor, na forma do voto do Relator.

Por bem resumir o litígio, reproduzo parte do relatório da decisão recorrida:

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 empresas 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.

(...)

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 Américas Ltd. iniciou seus investimentos no 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 Américas 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 n.º 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 Américas 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 n.º 386 do RIR, ou o previsto nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 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 negocial 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 comercial, 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:

(...)

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

(...)

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	ERLINE 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	ERLINE 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
			4.013.161.719,52	3.498.196.621,43

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

Por meios dos acórdãos ora recorridos, a Turma Julgadora a quo deu parcial provimento 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, 4.1, 4.2 e 4.3.*

Intimada da decisão, a Procuradoria interpôs o recurso especial (fls. 4.061/4.115), o qual foi admitido (fls. 4.118/4.123) por remissão à análise prévia (isto é, antes do acórdão de embargos), mais precisamente com base nas seguintes razões (fls. 3.952/3.957):

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente **logrou êxito** em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado, **por matéria recorrida** (destaques do original transcrito):

(1) “divergência jurisprudencial em relação aos ágios pagos por meio de empresa veículo em operações de aumento de capital – empresas estrangeiras como reais adquirentes”

(...)

Acórdão paradigma nº 9101-002.187, de 2016:

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.

Acórdão paradigma n.º 9101-002.213, de 2016:

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

[...].

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

[...].

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.

Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.187, de 2016, e 9101-002.213, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 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 (primeiro acórdão paradigma) e que é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras (segundo acórdão paradigma).*

(2) “divergência jurisprudencial em relação à necessidade de qualificação da multa de ofício”

(...)

Acórdão paradigma n.º 1101-000.899, de 2013:

MULTA QUALIFICADA.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

Acórdão paradigma n.º 1103-000.960, de 2013:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial, sem qualquer finalidade comercial, que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, 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, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.

No que se refere a essa segunda matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** discordou do entendimento da fiscalização de que a *criação de novas holdings veículos, sem propósito negocial, 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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1101-000.899, de 2013, e 1103-000.960, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (primeiro acórdão paradigma) e que a sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial, sem qualquer finalidade negocial, que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, 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, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado (segundo acórdão paradigma)*.

Há que se observar, ainda, que ambos os acórdão paradigmas apontados foram mantidos pela CSRF, por meio dos **Acórdãos CSRF nºs 9101-003.396, de 2018, e 9101-003.465, de 2018**, respectivamente.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização das divergências de interpretação suscitadas**.

A contribuinte também apresentou recurso especial (fls. 4.154/4.198), o qual restou admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 4.356/4.369):

(...)

Afirma a recorrente que a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, ao prolatar o acórdão nº 1402-002.740, integrado pelo acórdão nº 1402-003.940, emprestou à legislação tributária interpretação distinta daquela acolhida por outro colegiado do CARF, do extinto Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, no que concerne às seguintes matérias:

- 1) Ágio interno: itens 3.1, 3.3 (Sândalo Participações) e 4.2 do TVF (item VI.1 da peça recursal); e**
- 2) Empresa veículo: itens 3.3 (SBCI Brasil Participações), 3.4, 4.1 e 4.3 do TVF (item VI.2 da peça recursal).**

(...)

1) DA PRIMEIRA DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA

Em conclusão, **em relação a esta primeira matéria não restou demonstrada a existência divergência interpretativa**: (a) nem entre o acórdão recorrido e o primeiro paradigma, já que este foi reformado em data anterior à interposição do presente recurso especial na matéria que aproveitaria a recorrente; e (b) nem entre o acórdão recorrido e o segundo paradigma, por falta de similitude fática entre eles.

2) DA SEGUNDA DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA

(...)

No que concerne à demonstração de que, em relação a essa matéria, há **divergência interpretativa** da legislação tributária entre o acórdão recorrido e outro colegiado do CARF, do extinto Conselho de Contribuintes ou da CSRF, a recorrente apontou como paradigma o acórdão nº 1301-002.658, e afirma que tal acórdão julgou caso em que a própria recorrente figura no polo passivo, com a mesma situação fática, com a distinção

de que, enquanto o recorrido refere-se à amortização daqueles ágios nos anos de 2009 a 2012, o paradigma refere-se à amortização dos mesmos ágios, mas no ano de 2013.

Veja, a seguir, a ementa e a parte decisória do paradigma:

(...)

Pois bem, pelo cotejo entre o inteiro teor dos acórdãos recorrido e paradigma é possível verificar inicialmente que embora a situação fática do item 4.3 do TVF apreciada no acórdão recorrido (ágio "TEL Investimentos") seja a mesma do item 4.3 do TVF apreciada no acórdão paradigma (com a distinção de que enquanto no recorrido a amortização se deu nos anos de 2009 a 2012, no paradigma ocorreu no ano de 2013), ao contrário do afirmado pela recorrente **em ambos os acórdãos a autuação foi mantida.**

Noutros termos, **em relação ao mencionado item 4.3 do TVF (ágio "TEL Investimentos") não restou demonstrada divergência interpretativa entre o acórdão recorrido e o paradigma.**

Em relação aos demais itens desta segunda matéria, também pelo cotejo entre o inteiro teor dos acórdãos recorrido e paradigma é possível verificar que:

a) a situação fática do item 3.3 do TVF apreciada no acórdão recorrido (ágio "SBCI Brasil Participações" - NP no valor de R\$ 322.759.311,17) é a mesma do item 3.3 do TVF apreciada no acórdão paradigma, com a distinção de que enquanto no recorrido a amortização se deu nos anos de 2009 a 2012, no paradigma ocorreu no ano de 2013;

b) a situação fática do item 3.4 do TVF apreciada no acórdão recorrido (ágio "SBCI Brasil Participações", no valor de R\$ 196.982.436,70) é a mesma do item 3.4 do TVF apreciada no acórdão paradigma, com a distinção de que enquanto no recorrido a amortização se deu nos anos de 2009 a 2012, no paradigma ocorreu no ano de 2013;

c) a situação fática do item 4.1 do TVF apreciada no acórdão recorrido (ágio "IPÊ Participações") é a mesma do item 4.1 do TVF apreciada no acórdão paradigma, com a distinção de que enquanto no recorrido a amortização se deu nos anos de 2009 a 2012, no paradigma ocorreu no ano de 2013;

Todavia, (i) enquanto o recorrido manteve a autuação sobre a amortização dos ágios referidos nos itens "a", "b" e "c", acima, sob o argumento de emprego de empresa-veículo, (ii) no paradigma a autuação foi afastada sob o argumento de que o emprego das empresas-veículo, nesses casos, se justifica em razão de óbices regulatórios.

Em conclusão, quanto a esta segunda matéria **restou demonstrada** a divergência interpretativa entre o recorrido e o paradigma em relação: (a) ao item 3.3 do TVF - ágio "SBCI Brasil Participações" - NP no valor de R\$ 322.759.311,17; (b) ao item 3.4 do TVF - ágio "SBCI Brasil Participações", no valor de R\$ 196.982.436,70; e (c) ao item 4.1 do TVF - ágio "IPÊ Participações".

Por outro lado, ainda em relação a essa segunda matéria, **não restou demonstrada** a divergência interpretativa em relação ao item 4.3 do TVF - ágio "TEL Investimentos".

3) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, e com base no que dispõem os arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, OPINO no sentido de que o recurso especial do sujeito passivo seja **parcialmente** admitido.

Contra a parte não admitida, houve apresentação de Agravo (fls. 4.377/4.406), tendo sido este rejeitado (fls. 4.391/4.406).

Ambas as partes ofereceram contrarrazões (fls. 4.135/4.150 e 4.416/4.430).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

Os recursos especiais são tempestivos.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o seu conhecimento, levando em conta os pressupostos previstos no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015) e do qual transcrevo parcialmente:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada “segurança jurídica” na aplicação da lei tributária.

O termo “especial” no recurso submetido à CSRF não foi colocado “à toa”, afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma “terceira instância” justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdão enfrentados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “*a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles*”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “*a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, inócurre, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal*”.

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida - e isso costuma ocorrer justamente na hipótese de comparação de decisões que, embora analisando uma *mesma matéria*, apontam soluções jurídicas diversas em função de circunstâncias fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita -, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Tendo isso em vista, analisaremos cada uma das divergências admitidas previamente.

Recurso especial fazendário – afastamento da glosa do ágio relativo aos itens 3.2, 3.5 e 4.4 do TVF

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial.

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido:

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

(...)

Para este item 3.2 do TVF, não existe acusação específica, sendo assim entendendo que a autuação deve ser pautada na acusação genérica de que os reais adquirentes são as

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

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 entendendo 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):

(...)

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.

(...)

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 negocial 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, 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 investido 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 da Sândalo decorrente da capitalização dos AFACs na ATL Algar Telecom Leste S.A. (item 3.5 do TVF):

(...)

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:

(...)

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, entendo 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.

(...)

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

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.

(...)

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 negocial 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 negocial, 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.

Como se vê, a decisão recorrida, unânime nesses itens da autuação, afastou a glosa do ágio sob os seguintes fundamentos: (i) as *holdings* rotuladas de empresas veículos de fato figuraram como sociedades adquirentes dos investimentos com ágio, não havendo questionamentos quanto ao efetivo emprego dos recursos provenientes do exterior nas aquisições; e (ii) as operações duraram um longo período (2000 a 2004), com objetivos empresariais e econômicos claros, cujos principais motivos da participação de sociedades *veículos*, segundo consta do voto, foram: 1 – a regulamentação do mercado de Telecomunicação e de Licitação; 2 – a necessidade de aguardar a autorização do controle pela ANATEL; 3 – cumprimento de cláusula contratual que determinou a aquisição das *holdings* em conjunto com as empresas operacionais; e 4 - organização e otimização de gastos para facilitar a administração do grupo.

Nas palavras do voto condutor, repita-se, *as acusações em relação às empresas veículo não devem prosperar, pois para o presente caso sua criação tinha propósito negocial.*

Ao contrário do que alega a recorrida, esse *segundo fundamento autônomo* foi sim atacado pelo Apelo, conforme atesta o seguinte trecho do recurso:

Cabe notar, em atenção à configuração da divergência jurisprudencial, que **nos dois casos havia a alegação de que existia motivação negocial e extratributária, para a realização das operações tais como ocorreram.**

O acórdão recorrido considerou que a utilização da empresa veículo estava justificada diante dos óbices societários e regulatórios demandadas pela ANATEL. No caso discutido pelo paradigma, o contribuinte alegava que a utilização de empresa veículo também se encontrava justificada pelo contexto da privatização no setor energético, setor fortemente regido por normas regulatórias.

Não há, assim, que se falar em deficiência recursal por *fundamento não atacado*.

Quanto à caracterização ou não da necessária similitude fática entre os Arestos comparados - que também foi objeto de questionamento em sede de contrarrazões -, destaco do voto condutor do *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-002.187**) o quanto segue:

(...)

CONHECIMENTO

Conforme relatado, a recorrida levantou duas preliminares de não conhecimento do recurso.

Em relação à primeira preliminar, qual seja, a ausência de similitude em despesas de amortização de ágio e seus reflexos tributários, não assiste razão à recorrida. A meu ver, pretende-se atribuir a questões de conhecimento o que na realidade são discussões de mérito.

Tanto o acórdão recorrido quanto os dois acórdãos paradigmas trazidos, acórdãos n.ºs 103-23.290 e 101-00.120, tratam da transferência de ágio no âmbito dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997, ou dos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto n.º 3.000, de 26/03/1999.

(...)

MÉRITO:

(...)

2) Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários

(...)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida *adquire a investidora original* (ou *adquire diretamente a investidora*, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) 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. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

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 n.º 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 *stricto sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impedião 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.

(...)

Verifica-se, contudo, que a *transferência do ágio* da adquirente para a empresa veículo foi determinante para a manutenção da glosa do ágio no caso ora comparado, caso este que, aliás, não envolveu a apreciação da necessidade ou não de constituição da *holding veículo* em face de normas regulatórias.

Considerando, então, essa parte do caso concreto não diz respeito a *transferência de ágio* para as *holdings*, *holdings* estas cujo propósito comercial inclusive restou "validado" pela Turma Julgadora *a quo*, a comparação do julgado trazido como *primeiro paradigma* a meu ver revela-se insuficiente para os fins pretendidos pela recorrente.

Tanto é assim que, em relação à glosa dos ágios objeto de divergência de votos, esta acabou sendo mantida pela maioria da Turma Julgadora com base nos fundamentos

constantes do voto vencedor, do qual merece atenção a invocação do próprio Acórdão n.º **9101-002.187** como razão de decidir. Ora, se o dito *paradigma* serviu para fundamentar apenas a divergência, me parece até lógico desconsiderá-lo como hábil a reformar a parte mantida à unanimidade.

Quanto ao *segundo paradigma* (Acórdão n.º **9101-002.213**), a Recorrente relata que (fls. 4.084):

(...)

No acórdão paradigma, **o uso da empresa veículo, CC ACQUISITION BRASIL, teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional**, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. **Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo**. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada.

E do voto condutor desse julgado extrai-se que:

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Trata-se, a toda evidência, de circunstância fática incomparável. Aqui, repita-se, a decisão recorrida entendeu legítima a utilização de *holdings* sob a premissa de que elas de fato figuraram como empresas adquirentes dos investimentos com ágio, em operações que duraram um longo período (2000 a 2004), efetivadas com propósito comercial identificado em face de exigência da ANATEL e em cumprimento de cláusula contratual da concessão. Lá, ao contrário, o ágio foi considerado indedutível com base na origem e destino dos recursos, bem como do domicílio das partes envolvidas, fatos estes que influenciaram diretamente a convicção de que

teria havido mera interposição simulada de empresa veículo de *curta duração e sem propósito negocial*.

Diante dessas diferenças fáticas apontadas - determinantes para as distintas soluções jurídicas -, não conheço da presente matéria.

Recurso especial fazendário – afastamento da multa qualificada relativa aos itens 3.3, 3.4, 4.1, 4.2 e 4.3 do TVF

A não qualificação da penalidade em relação às glosas que restaram mantidas foi assim justificada:

Item 3.3 do TVF (ágio "SBCI Brasil Participações"):

Entretanto, não me parece que todos estes fatos narrados, ensejadores da autuação e improvimento 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%.

Item 3.4 do TVF (ágio "SBCI Brasil Participações"):

(...)

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 1402002.373, 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%.

Item 4.1 do TVF (ágio "IPÊ Participações"):

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 n.º 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%.

Como se vê, a multa qualificada restou afastada sob a premissa de que os *fatos narrados*, ou seja, a “*transferência do ágio da real adquirente para uma empresa veículo no Brasil*” não revelaria conduta suficiente para a qualificação da pena.

O *primeiro paradigma* (Acórdão n.º **1101-000.899**), por sua vez, registra em sua ementa que *sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*.

Nas palavras do voto vencedor na matéria:

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, *montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real*. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos*.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, *infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64*. Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Como se vê, nesse julgado prevaleceu o entendimento segundo o qual a criação de empresas veículos para criar as condições de amortização fiscal do ágio enseja a qualificação da penalidade. Daí a divergência.

Isso não se repete no *segundo paradigma* (Acórdão n.º **1103-000.960**), uma vez que, embora tenha analisado caso que envolveu transferência de ágio, tratou de empresa veículo de duração efêmera, sendo este ponto decisivo nas *razões de decidir*, mas que aqui não se faz presente.

Nesse sentido, transcrevo parte do relatório do voto desse julgador:

(...)

A Esmeralda Holdings Ltda, constituída em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social "administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", teria servido unicamente de "empresa veículo", de canal de passagem de ágio, sendo extinta em seguida.

Consta também do TVF informação de apresentação da DIPJ do ano-calendário 2005 da Esmeralda como inativa e receita bruta zero no período entre 1º de janeiro e 29 de setembro de 2006, data da incorporação pela sua controlada Tempo Serviços. Durante a sua existência, a empresa não teve empregados, ativo imobilizado e despesas administrativas.

A criação de sociedade exclusivamente para posterior extinção por incorporação seria reveladora da inexistência de propósito negocial, dada a ausência de fundamento econômico do evento societário de incorporação.

A fiscalização ainda identificou a dupla formação de ágio, em momentos distintos.

O primeiro teria ocorrido em 30/06/2006, contabilizado pelo Bradesco por ocasião da compra das empresas brasileiras do Grupo Amex, entre partes independentes com pagamento efetivo.

Num segundo instante, em 14/09/2006, teria havido formação de ágio na Esmeralda quando o Bradesco conferiu ao capital dessa sua controlada a participação que detinha na Tempo Serviços, avaliada com base em expectativa de rentabilidade futura.

Nesse segundo momento, o ágio teria surgido de operação no mesmo grupo societário, tendo por contrapartida registro na conta de capital, inexistindo pagamento na operação. Ainda no mesmo mês, 15 dias depois, ocorreria a incorporação reversa, na qual Tempo Serviços incorporou a sua controladora Esmeralda, "absorvendo o ágio das suas próprias ações, vertido do acervo líquido da incorporada, que se extingue, passando a incorporadora a amortizar o referido ágio com base no inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/1997."

Na interpretação da autoridade fiscal, os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 encerram um benefício fiscal e, portanto, devem ser literalmente interpretados, por determinação do art. 111 do CTN.

Nessa linha, arrematou:

"É óbvio que, sendo a empresa incorporada uma empresa inativa desde a sua constituição, não havia, portanto, o que se otimizar ou racionalizar com a referida incorporação societária.

Sendo assim, não se vislumbra qualquer propósito negocial na referida reorganização societária que não seja criar artificialmente condição para amortizar o ágio efetivamente pago pelo Banco Bradesco em 30/06/2006, pela aquisição das empresas do Grupo Amex.

No presente caso, não há dúvida de que a operação de incorporação da Esmeralda Holdings pela Tempo Serviços foi resultado de uma 'montagem' jurídica efetuada mediante a prática de operações estruturadas em seqüência e com a utilização de empresa veículo, visto que o objetivo almejado (amortização do ágio efetivamente pago pelo Banco Bradesco pela aquisição das empresas brasileiras do grupo Amex) somente foi alcançado com a realização das seguintes operações (...)."

Mais adiante, a multa qualificada foi mantida com base na seguinte motivação:

No caso concreto, a fiscalização indicou a Esmeralda Holdings Ltda como empresa-veículo, constituída em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social "administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", permanecendo inativa até o evento de incorporação, sem registro de receita bruta e despesas administrativas na DIPJ e de

empregados e ativo imobilizado, afirmações da autoridade fiscal não contestadas pela contribuinte.

As únicas operações realizadas durante a existência da Esmeralda foram a sua aquisição pelo Bradesco, o aumento de capital e a incorporação pela Tempo (autuada), todas, pode-se afirmar, a um só momento e voltadas para criar as condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável.

Examinando-se o contexto de fato, bem se vê que nada mudou na distribuição de atividades do Grupo Bradesco antes e depois da incorporação da Esmeralda pela contribuinte autuada.

A Esmeralda serviu tão-somente de "canal de passagem de ágio" na sucessão de eventos societários ocorridos, como bem dito pela autoridade fiscal, tratando-se de clássico caso de empresa veículo.

Constata-se, portanto, que o alegado "planejamento estratégico" foi montado visando apenas à economia tributária.

(...)

Já tive a oportunidade de examinar caso semelhante no julgamento do Recurso n.º 152980 (Processo n.º 18471.001782/2005-36), também na condição de relator, no qual adotei igual entendimento no voto condutor do Acórdão n.º 103-23.290/2007 quanto a esta matéria, aprovado por unanimidade pelos membros da 3ª Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes. A decisão restou assim resumida:

"INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera 'empresa veículo' para transferência do ágio à incorporadora."

No julgamento acima referido, destaquei o cabimento de aplicação da multa majorada:

"Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito negocial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio para a incorporadora, (...) o caso concreto deveria ser enquadrado como simulação, acompanhada da aplicação de multa qualificada. Entretanto, a autoridade fiscal impôs apenas a multa ordinária de 75%."

Assim, deve ser restabelecida a imposição da multa qualificada em razão da simulação suficientemente caracterizada com a utilização de empresa veículo.

Trata-se, contudo, de caso que não guarda similitude fático-jurídica com o presente, o que prejudica a caracterização da divergência.

Posto isso, conheço da matéria multa qualificada apenas com base no *primeiro paradigma*.

Recurso especial da contribuinte – glosa do ágio em relação em relação: (a) ao item 3.3 do TVF - ágio "SBCI Brasil Participações" – NP, no valor de R\$ 322.759.311,17; (b) ao item 3.4 do TVF - ágio "SBCI Brasil Participações", no valor de R\$ 196.982.436,70; e (c) ao item 4.1 do TVF - ágio "IPÊ Participações".

O recurso especial é tempestivo e atendeu os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pela parte recorrida quanto ao seu seguimento.

Tendo isso em vista, por concordar com o juízo prévio de admissibilidade e apoiado também no permissivo previsto no §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, conheço das matérias em questão nos termos do despacho de fls. 4.356/4.369.

Mérito

Muito embora a Lei nº 9.532/1997 tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda *insegurança jurídica*, não só pela instabilidade da jurisprudência administrativa, mas também pela sucessão de teses, rótulos e preconceitos em torno da natureza jurídica e tratamento fiscal do ágio.

De acordo com Marcos Lisboa e Vanessa Canado³:

Existem três mitos sobre o ágio. O primeiro está relacionado à intenção do governo ao permitir a dedução fiscal com a publicação da Lei 9.532 em 1997. Muitos textos, debates e até decisões do Carf parecem supor que o ágio foi estabelecido para estimular as privatizações dos anos 90, afinal representaria uma vantagem adicional de 34% para o comprador.

Apesar da coincidência entre o período da publicação da lei e as privatizações, a exposição de motivos do Ministério da Fazenda faz referência a outra razão: regular a utilização do ágio tendo em vista os planejamentos tributários decorrentes da aquisição de empresas deficitárias. É provável que a referência seja às operações feitas com base no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, que permitiam dedução integral e imediata, como perda de capital, da diferença entre o valor de aquisição e o acervo líquido da empresa incorporada. Pela exposição de motivos, o ágio nunca esteve restrito às privatizações e foi criado para mitigar um planejamento tributário considerado “não ortodoxo”.

O segundo mito é o de que o ágio é um benefício fiscal. Essa afirmação surpreende, já que ele foi criado para mitigar planejamentos tributários, além de desconsiderar que o ágio compõe o preço de venda, e deveria ser tributado pelo ganho de capital.

Independente disso, a aquisição de participações em empresas pode ser vista e regulada como qualquer outro investimento. Comprar uma participação societária não deveria ser mais ou menos oneroso do que comprar uma máquina ou outro ativo não-circulante. Os valores pagos pelas máquinas são deduzidos pelo seu prazo de vida útil, via depreciação, e aqueles pagos pelos intangíveis, pelo prazo de utilização do direito.

O ágio, entretanto, possui uma particularidade, pois não se relaciona a um ativo com prazo de vida útil definido. Seu fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da investida, decorrente, por exemplo, de ganhos de sinergia. Nesse caso, qual o prazo para amortizá-lo? Existem dois caminhos: amortização por um prazo prefixado ou impossibilidade de amortização.

Antes de 2009, a regra contábil utilizava o primeiro caminho. A amortização do ágio era feita no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, observado o máximo de 10 anos. As regras tributárias também seguiram esse caminho a partir de 1997, com a Lei 9.532 permitindo a dedução em 5 anos.

³ Artigo “Três mitos sobre o ágio em aquisições”, publicado no Valor Econômico de 2 de Julho de 2018.

A partir de 2009, com a adoção do IFRS, esse caminho foi abandonado pela contabilidade e o ágio (goodwill) não pode mais ser amortizado. A legislação tributária não alterou a opção pela dedução em 5 anos na reforma preparada especificamente para tratar das diferenças entre o novo padrão contábil (IFRS) e as normas tributárias (Lei 12.973/14).

O terceiro mito é o de que o ágio beneficia o comprador, em razão da dedução de parte do preço pago na apuração do lucro tributável. Juridicamente, essa é a premissa que justifica as autuações. Esqueceram de combinar com a economia.

Em um mercado competitivo, qualquer vantagem previsível que decorre da compra está embutida no preço de venda, como o ativo fiscal de 34% do ágio. O benefício, portanto, é apropriado pelo vendedor, e não pelo comprador. O comprador pagou o preço acordado e realiza o investimento pelo prazo legalmente definido. No caso das privatizações, o beneficiário, a propósito, era o próprio Estado.

Pode-se alterar a norma legal do ágio e impedir a sua dedutibilidade. A conta não será paga pelo comprador, mas pelo vendedor, com o menor preço de venda.

Não somos um país pobre à toa. A incerteza sobre a regra para o aproveitamento do ágio decorrente do vai-e-vem da jurisprudência e as interpretações equivocadas sobre os seus beneficiários ilustram o imenso esforço que fazemos para prejudicar o ambiente de negócios e a geração de renda.

Pois bem.

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Com base no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição⁴.

É importante notar, logo neste início de exposição, que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77⁵, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

⁴ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

⁵ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 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 número I.

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

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Note-se, aqui, que foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do método de equivalência patrimonial (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previa o § 2º do artigo 20, também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem, que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes:

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

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

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

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, da *mais valia*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme prescrição dos artigos 25, 31, 33⁶ e 34 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, *in verbis*:

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

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das

⁶ Esse artigo foi alterado pela Lei n.º 12.973, de 2014.

ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*) (grifamos)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte estava sujeito ao comando legal que determinava a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Ora, sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida*, que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

Ao contrário do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decréscimo patrimonial) quando da liquidação do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco⁷:

Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.

O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), este até então não tinha influência no seu tratamento fiscal, uma vez que a norma fiscal até então vigente, conforme visto, não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei determinava, repita-se, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei n.º 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória n.º 1.602/1997⁸, a qual, após sua conversão na Lei n.º 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, *in verbis*:

⁷ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

⁸ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977⁹: (grifamos)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

(...)

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

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

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

⁹ Artigo 20 - (...)

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

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.

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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

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

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

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (caput do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa que possuía na outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado¹⁰), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, portanto, reconheceu o direito da empresa que detém investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

Na prática, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, que, repita-se, passou a poder ser calculada a valor contábil, seja pelas pessoas jurídicas que detinham o investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, seja pela investida quando da incorporação reversa expressamente autorizada pela lei, deu tremendo fôlego ao mercado de aquisições de empresas estatais e, conseqüentemente, às fusões, cisões e incorporações de sociedades.

¹⁰ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

Obviamente que o aproveitamento de 34% do ágio (IRPJ – 25% + CSLL – 9%), que notoriamente influenciava o próprio preço do negócio, constituiu um meio eficaz para atrair propostas mais rentáveis, inclusive por investidores estrangeiros, atendendo o propósito da própria lei tributária em questão.

Como pontua Valter Lobato¹¹:

É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas, ilícitas ou simuladas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

A crescente utilização de ágio, todavia, chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” às operações com ágio, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, na maioria dos casos, acabaram confundindo operações legítimas ante a amplitude da norma autorizadora da dedução com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não devem prevalecer quando conflitantes com a legislação fiscal.

É certo que, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) não mais está sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Do caso concreto

De acordo com o voto vencedor do acórdão ora recorrido:

- Item 3.3 do TVF

¹¹ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

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

(...)

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, nesse ponto.

(...)

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):

(...)

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 artifícios que, ainda que formalmente corretos, visem obter vantagens que a lei não permite.

(...)

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.

- Item 3.4 do TVF

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

(...)

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**.

(...)

- 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.

(...)

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 impositivas 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 artifícios 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.

(...)

Como se vê, e seguindo os termos da acusação fiscal, foram dois os fundamentos que levaram a manutenção da glosa de parte dos ágios: **(i)** a “desqualificação jurídica” das *empresas veículos*; e **(ii)** a *ausência de confusão patrimonial* entre a *real investidora* (consideradas as empresas estrangeiras, e não as holdings que receberam os aportes financeiros e fizeram as aquisições em seus próprios nomes) e as *investidas*.

Do uso de empresas veículos

A eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de gerar economia fiscal deve ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem condutas fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, do CTN, abaixo transcrito, permite a revisão do lançamento. Confira-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;

Além, então, da *fraude*, onde a constatação de dolo tem como pressuposto, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para *requalificar* atos ou negócios *simulados* quando caracterizada a *simulação*.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN¹², aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver (i) reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como hipótese que permite a *requalificação jurídica dos fatos*; e (ii) permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Nesse ponto, não se pode perder de vista, primeiramente, que o Governo buscou assim proceder, pretendendo “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002.¹³ No entanto, esse dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Em segundo lugar, cumpre notar que também não existe nenhuma lei *antielisiva* que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas.

É a *simulação*, portanto, que figura como uma espécie de *divisor de águas* na busca natural e legítima de economia tributária em operações societárias que implicam na apuração de ágio.

Isso significa dizer que apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), estaremos diante de hipótese de *elisão fiscal*, isto é, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto¹⁴, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não*

¹² Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

¹³ Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º - Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º - Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

¹⁴ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que, como apontou o professor Sérgio André Rocha¹⁵:

... cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco¹⁶ chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

Com efeito, a grande dificuldade do intérprete autêntico é a de livrar-se do *apriorismo conceitual* acerca da definição do conceito de “simulação”, que não necessariamente pressupõe uma “vontade consciente” (dolosa) de enganar terceiros, podendo se fazer presente também quando ausente a *intenção consciente de mentir*. Senão, vejamos:

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara¹⁷, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular¹⁸.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, ainda conferindo enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a *contradeclaração* não teria como

¹⁵ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

¹⁶ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

¹⁷ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

¹⁸ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade¹⁹.

Nesse contexto, vale frisar que a limitação ou restrição do conceito subjetivo de simulação passou a ser colocada em xeque, o que levou ao *desenvolvimento* da dita teoria objetivista (ou teoria causalista).

Francesco Carnelutti²⁰ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

Sob esse enfoque, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que corresponde aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, pois, equivale às *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Na visão de Orlando Gomes²¹, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

Segundo Emílio Betti²², também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação (objetivamente considerada, portanto).

Para Heleno Tavares Torres²³:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à “função prática” do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Segundo seu magistério²⁴:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente

¹⁹ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

²⁰ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

²¹ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

²² Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

²³ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁵. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula.²⁶

Quanto à classificação da simulação pelo *fim* a que ela se presta, há uma certa convergência na doutrina. Assim, se é a própria simulação a relação jurídica estabelecida entre as partes, fala-se em *simulação absoluta*. Caso, porém, se tem por finalidade a celebração de um negócio para acobertar um outro típico, fala-se em *simulação relativa*.

Na simulação absoluta, então, as partes criam um ato ou negócio que não é *verdadeiro*, produzindo, em prol de interesses particulares, uma *ilusão* aos olhos de quem vê. Já na simulação relativa diz-se que as partes celebram um negócio – o *simulado* – para encobrir outro – o *dissimulado*.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167, *in verbis*:

Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

²⁵ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

²⁶ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou²⁷:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados. *grifamos*

Tal, então, como positivado e integrado com os demais dispositivos legais²⁸, notadamente aqueles que impõem o dever de verificar a efetiva ocorrência do fato gerador e de identificar a matéria tributável, o instituto da simulação no Brasil, enquanto limitadora de planejamentos fiscais, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista* e *causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, podendo, portanto, requalificar juridicamente os fatos declarados desde que prove a existência de uma *mentira consciente* ou desde que demonstre haver uma *desconformidade* do ato/negócio praticado com sua respectiva *finalidade jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência ao *negócio jurídico simulado*, enunciou três diferentes hipóteses de simulação no seu parágrafo primeiro. Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁹:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

(i) a *simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);

(ii) a *simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e

²⁷ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

²⁸ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

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

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

²⁹ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

(iii) a *simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

Nesses termos, quando a lei (art. 167, §1º, I) prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, ela evidentemente repudia a *interposição fictícia* (ou *fraudulenta*).

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, ainda que em interesse e por conta e ordem de *outrem*, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura como “laranja”, “empresa de prateleira” ou “empresa de fachada”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

Quanto à simulação por *declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira* (art. 167, §1º, II), esta relaciona-se aos seguintes elementos: (i) a *não existência*, no plano jurídico, do negócio jurídico declarado; (ii) ao *valor* da prestação contrário ao que foi efetivamente praticado; ou (iii) a incompatibilidade da *natureza* do negócio jurídico formalizado com o seu respectivo *tipo*.

E tocante à terceira hipótese (*simulação de data*, prevista no art. 167, §1º, III), esta consiste na antedata ou pós-data de instrumentos particulares como forma de criar uma aparência ou ilusão negocial. Diz-se, então, que o negócio é assim simulado porque o seu aspecto temporal (isto é, o momento no qual foi de fato realizado) é aparente, ou seja, simulado para o passado (*antedatado*) ou para o futuro (*pós datado*).

Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a *simulação*, enquanto limitadora de planejamentos tributários e *gatilho* para legitimar a *requalificação jurídica dos fatos declarados*, resta caracterizada quando: (i) há *interposição fictícia* de pessoas; ou (ii) quando há declaração *não verdadeira* emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta *dolosa* ou *fraudulenta* ou (ii.ii) inconsciente (*culposa*), na hipótese do contribuinte se valer de *tipos* ou *institutos jurídicos* que não atendam sua *causa* ou *finalidade*.

Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve *simulação* é que uma *requalificação jurídica* fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.

Trazendo essas considerações para o presente *cenário*, as questões que se colocam são as seguintes: empresas *holdings* podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma *empresa veículo* assim interposta possui *causa jurídica*? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

As respostas a meu ver são positivas.

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos*, de *holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:**

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.** *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa³⁰ esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, cuja *causa jurídica* ou *finalidade social*, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Quanto à duração de uma sociedade, cumpre notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, **a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.**

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho³¹:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Verifica-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

³¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

estabelecidos pelos sócios dentro de sua autonomia de empreender e de buscar maximizar os resultados da companhia nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir o uso de uma *holding* para servir de *veículo* para *provocar* a baixa de um investimento com o consequente *gatilho* para deduzir fiscalmente o ágio.

Ao tratar especificamente sobre as formas de investimento no Brasil por empresa estrangeira, assim leciona Charles William McNaughton³²:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, é plenamente lícito o *financiamento* estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas *holdings*, espécie de sociedade que inclusive é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

Na linha do que constatou Guilherme Neves³³:

³² IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

³³ O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro. São Paulo: Dialética. 2021. P. 45.

A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.

Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse ponto, digno de nota é o Acórdão n.º **1402-002.373**, cuja ementa ora transcrevo:

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.

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade das *empresas veículos* envolvidas nesse caso concreto. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós *incorporações reversas*.

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das *holdings* nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.

Pelo exposto, conclui-se que a utilização de *empresa-veículo* que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura *ato ilícito* ou *simulação*, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

Da ausência de confusão patrimonial entre “real adquirente” e empresa investida

Além de questionar a dedutibilidade com base na tese *da ilegitimidade de empresa veículo*, o fisco e a decisão *a quo*, na parte recorrida pelo contribuinte, também invocaram como fundamento da glosa a *ausência de confusão patrimonial entre real investidora e investida*, *confusão patrimonial* esta considerada como requisito legal para a respectiva dedução fiscal, mas que não teria sido cumprido pela contribuinte.

Em síntese, o silogismo empregado foi o seguinte: considerando (i) que os recursos utilizados na constituição do capital social das *holdings*, empregados por elas para pagamento do preço das aquisições societárias, foram transferidos das controladoras domiciliadas no exterior, estas sociedades estrangeiras, e não as *empresas veículos*, é que figurariam como *reais adquirentes*; e (ii) que a norma fiscal vigente (artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997) condiciona a dedução fiscal do ágio à confusão patrimonial entre a real adquirente e a investida (adquirida), conclui-se que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, a existência de três “detalhes” da maior relevância, quais sejam: (i) não houve motivação para uma *desqualificação* das *empresas holdings* no TVF; (ii) não há, como visto no tópico anterior, que se falar em simulação por interposição de pessoas, ainda que taxadas de meras *empresas veículos*; e (iii) a origem ou fluxo dos recursos é irrelevante para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária* em caso comparável ao presente, o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.**

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave,

porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*³⁴, realmente essa *tese* não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos empregados na aquisição pela holding.*

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou a de proibir a *nacionalização* do ágio, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito e de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Em outras palavras, a utilização da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio nas operações analisadas.*

Como bem observado no Acórdão nº **1301-000.999**:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

³⁴ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Na Sessão de novembro/2022, aliás, prevaleceu nessa E. 1ª Turma da CSRF o entendimento contrário à *tese do real adquirente*, conforme atestam as seguintes ementas:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE HOLDING. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA.

Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF. (Ac. **9101-006.362**. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 08/11/2022).

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

A tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada "real investidora" a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição não encontra respaldo na legislação em vigor. A menos que houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como "real adquirente", em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço. (Ac. **9101-006.374**. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 09/11/2022).

Com efeito, adotar a interpretação de que o referido direito à dedução fiscal dos ágios seria da controladora estrangeira, em razão da *origem da origem* (e aqui a redundância é

proposital), com a devida vênia, significaria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, permitindo-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não se sustenta.

Cai como uma luva, aqui, o *alerta* do Sr. Ministro Gurgel de Faria, em voto-vista proferido no STJ nos autos do AgResp 511.736: *em atenção à separação de poderes, não me parece possível que prevaleça a regra criada pelo próprio credor (Receita Federal), a quem competia apenas aplicar ou no máximo regulamentar as normas já criadas.*

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, essa *inovadora tese do real adquirente* também encontra-se óbice em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro*, prevista no artigo 2º da Lei n.º 4.131/62³⁵, *in verbis*:

Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei

O que precisa ficar claro, pois, é que ainda que o *capital* usado na aquisição tenha passado da pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, tal fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97³⁶, mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital) dos recursos utilizados na compra inclusive conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano³⁷, *a interpretação deve ser objetiva, desapaixorada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.*

Posto isso, forçoso concluir que a tese do *real adquirente* ou *ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida* não encontra amparo na legislação de regência, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser reformado para admitir a dedutibilidade das despesas com os ágios em tela.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial da contribuinte.

³⁵ Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

³⁶ A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

³⁷ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. 1984. P. 103.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano, Redatora Designada.

Fui designada para redigir o voto vencedor e esclarecer as razões pelas quais a maioria da Turma decidiu não conhecer do **recurso especial da Fazenda Nacional** também quanto à matéria “**necessidade de qualificação da multa de ofício**”, para a qual a Recorrente aponta divergência jurisprudencial com relação aos acórdãos paradigma 1101-000.899 e 1103-000.960.

A qualificação da multa foi operada nos seguintes itens do Termo de Verificação Fiscal: **3.3** (Ágio na Sândalo Participações S/A decorrente do aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A. e com notas promissórias); **3.4** (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); **4.1** (Ágio da IPÊ Participações decorrente do aumento de capital com notas promissórias); **4.2** (Do ágio registrado na TESS S.A. com origem no acervo da Tel Participações S.A.); e **4.3** (Do ágio na Tel Investimentos Ltda. originado do aumento de capital com ações da TESS S.A.).

Como restou evidenciado do acórdão de embargos, na parte dedicada à multa qualificada, prevaleceram os fundamentos expostos no voto do Relator, redator do “voto vencido” do acórdão de recurso voluntário, veja-se (grifamos):

De outro lado, tendo em vista o voto do Relator antes reproduzido no seu item 5, na parte em que não restou vencido (fls. 3868/3872), foi decidido pelo Colegiado a redução da multa de ofício de 150% para 75%.

Com isso, a designação do Relator destes ED para, à época, ser o redator do voto vencedor em relação a alguns itens do Acórdão, dizia tão somente respeito ÀS INFRAÇÕES (que o Relator cancelava), não atingindo a multa de ofício qualificada, esta já afastada pelo Colegiado conforme descrito neste voto.

O exame do “voto vencido” do acórdão de recurso voluntário na parte dedicada ao exame da qualificação da multa de ofício revela que este adota **dois** fundamentos para cancelar a exasperação a penalidade, quais sejam: (i) a contribuinte se pautou na jurisprudência da época e (ii) a fiscalização apontou para a qualificação da multa as mesmas razões da glosa de despesas, não tendo trazido argumentos adicionais.

Transcrevo abaixo os pertinentes trechos do “voto vencido” do acórdão de recurso voluntário, que deve ser tomado como vencedor nessa matéria (grifos nossos):

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 negocial, 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 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.

Em seu recurso especial, a Fazenda Nacional sustenta que deve ser mantida a qualificação da multa porque *“Conforme mencionado no Termo de Verificação Fiscal, a empresa fiscalizada foi autuada em face da amortização indevida de despesa com ágio, porquanto gerado artificialmente, dentro do mesmo grupo econômico (ágio intragrupo), utilizando-se de “empresa-veículo” com exclusiva finalidade fiscal, despido de qualquer propósito negocial e mediante simulação”*.

Como se percebe, as razões recursais não contrapõem especificamente o fundamento do acórdão recorrido, que foi a ausência de indicação de fatos específicos capazes de qualificar a multa que não aqueles que já deram ensejo à glosa. Também fundamentam a qualificação da multa em ter sido o ágio gerado internamente, o que só está presente como fundamento do voto quanto aos itens 3.3(i) e 4.2.

Em seguida, a Fazenda Nacional cita trechos do paradigma 1101-000.899 (Listel), que trata de operação em que *“mediante a criação de uma sociedade veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de incorporação, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original”*, e cujo voto condena a criação das empresas-veículo com multa qualificada por “construir um cenário”. Cita então trechos do paradigma 1103-000.960 (Tempo Serviços) que trata de empresa veículo criada para a “transferência de ágio”.

Não há quaisquer razões no recurso especial que contraponham o argumento do acórdão recorrido sobre ter o contribuinte se pautado na jurisprudência da época, o que se revela fundamento autônomo do voto condutor da decisão recorrida.

Neste sentido, verifica-se que as razões de recurso especial são **insuficientes** para, se adotadas, levar à reforma do acórdão recorrido quanto à decisão pela não qualificação da multa de ofício aplicada à autuação.

Melhor sorte não assiste à Fazenda Nacional quanto à demonstração de divergência jurisprudencial.

Nesse aspecto, é relevante observar que, quando se trata de analisar as razões pelas quais a Turma teria votado por manter ou cancelar a qualificação da multa de ofício, a questão nunca pode ser tomada “em tese”, nem apenas diante de citação de frases soltas constantes do voto, devendo sempre o exame ter em conta a operação sob julgamento e as circunstâncias fáticas tomadas como relevantes pela Turma julgadora naquele caso específico. Somente com a semelhança entre os fatos tomados como relevantes pelas Turmas julgadoras é que se pode afirmar, ou não, a existência de uma genuína divergência jurisprudencial, isto é, uma efetiva contraposição entre as *teses jurídicas* julgadas pelos acórdãos comparados.

O paradigma 1101-000.899 (Listel) analisa uma operação diferente da dos autos, em que a Averdín (dita “real adquirente” pelo voto) não é estrangeira, mas sim uma *holding* brasileira. Então, se transposto o racional desse voto para o caso dos autos, não teríamos a empresa estrangeira como “real adquirente”, como pretendeu a autoridade autuante no presente caso, mas exatamente a *holding* brasileira, que é controlada pela estrangeira. Em virtude da diferença entre as estruturas adotadas, não se poderia transpor para o caso dos autos o racional da qualificação da multa aplicado lá.

Quanto ao paradigma 1103-000.960 (Tempo Serviços), já se mencionou que este tratou de operação envolvendo “empresa-veículo” no contexto de *transferência de ágio*. O precedente já foi rejeitado por esta Turma como paradigma quando comparado a caso em que a multa qualificada não foi aplicada em semelhante contexto. Neste sentido, reproduzo trecho do voto condutor do acórdão 9101-006.115, de maio de 2022:

Melhor sorte não tem o segundo paradigma (Acórdão n.º 1103-000.960), do qual extraio os seguintes trechos do voto condutor:

(...)

Como se vê, a qualificação da multa partiu da constatação de ocorrência de simulação com fundamento na tese da “falta de propósito negocial” de empresa veículo, empresa esta que não figurou como adquirente do investimento, mas como mero canal de passagem para driblar os requisitos, a fim de gerar uma indevida economia tributária.

Nesse caso concreto, porém, não houve “transferência de ágio” e, mais ainda, a tese da “falta de propósito negocial” restou expressamente afastada.

Com efeito, a decisão recorrida parte da premissa de ausência de dolo no uso de empresa veículo enquanto adquirente do investimento, ao passo que o segundo paradigma caracterizou como dolosa a conduta de transferir o ágio para empresa veículo com efêmera duração.

Esses fatos, a meu ver, comprometem a comparabilidade dos acórdãos para a finalidade pretendida pela recorrente.

São essas as razões pelas quais o recurso especial da Fazenda nacional não foi conhecido quanto à matéria “necessidade de qualificação da multa de ofício”.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Fl. 53 do Acórdão n.º 9101-006.486 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720180/2014-38

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A exigência em tela tem em conta amortizações de ágios formados em diversas operações, cujas glosas nas apurações do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário 2009 a 2012 foram acrescidas de multa qualificada. O Colegiado *a quo* admitiu que parte das operações revelaram ágios passíveis de dedução fiscal, bem como afastou a qualificação da penalidade sobre a parcela da exigência decorrente das glosas mantidas. A PGFN pretende o restabelecimento das glosas e da multa qualificada, e a Contribuinte pretende a admissibilidade das demais amortizações glosadas.

Registre-se que houve embargos de declaração opostos pela Contribuinte, que foram providos com efeitos infringentes, dando nova redação ao dispositivo do acórdão de recurso voluntário, que passou a ser o seguinte:

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, 4.1, 4.2 e 4.3. 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

A PGFN foi cientificada do acórdão de embargos e reiterou seu recurso especial, para estender sua argumentação em relação à qualificação da penalidade aos ágios indicados nos itens 4.2 e 4.3, e não mais apenas em relação aos itens 3.3; 3.4 e 4.1, referidos no acórdão de recurso voluntário.

Inicialmente no que se refere à primeira matéria do recurso fazendário - *ágios pagos por meio de empresa veículo em operações de aumento de capital – empresas estrangeiras como reais adquirentes* -, embora a PGFN também refira a descrição de ágio tratado no item 3.1, assim o faz porque exposta juntamente com o item 3.2, cuja amortização é questionada no recurso fazendário, juntamente com aquelas referentes aos ágios tratados nos itens 3.5 e 4.4. A demonstração do dissídio jurisprudencial está pautada nas contrarrazões ao recurso voluntário apresentadas pela PGFN mas, para aferição da similitude fática, importa ter em conta as circunstâncias apreciadas pelo Colegiado *a quo*.

Consta do relatório do acórdão recorrido que estes três ágios foram constituídos entre 2001 e 2003, *quando o grupo América Movil ingressa no Brasil com intenção de investir na ATL e TESS*. Este investimento, em razão de restrições setoriais, não poderia resultar na aquisição do controle das empresas, e se prestava a *garantir o desenvolvimento econômico das empresas operacionais*. Para estas operações, o relatório resume a acusação fiscal no sentido de que a glosa decorreria da *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*.

No voto do ex-Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves, nesta parte condutor do julgado, são destacados os seguintes aspectos das operações que resultaram nos ágios em referência:

i. Item 3.2 (Ágio da JOHI relativo ao AFAC para a ATL): segundo a descrição fiscal:

- Williams International ATL Limited, detentora de 99.99% das quotas de JOHI Representações, remete R\$ 260.085.000,00 em 27/03/2000 para aumento de seu capital de R\$ 500.851.000,00 para 760.936.000,00; e na mesma data o montante de R\$ 259.096.500,00 é aportado em adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) em Algar Telecom Leste S/A – ATL.
- Em 24/08/2001 o Grupo América Movil adquire a titularidade das ações de JOHI, então denominada Johi Holdco.
- Em 13/06/2002 Telecom Américas Ltda subscreve novas cotas de JOHI e segue fazendo sucessivos aumentos de capital entre 13/06/2002 a 15/07/2004, sendo os recursos imediatamente transferidos em AFAC para ATL.
- Há informação, mais à frente, que o Grupo América Movil *adquiriu toda a participação societária que a Bell Canadá International tinha na Telecom Americas Ltda*, mas a participação societária em JOHI ficou dividida entre Johi Holdco e Telecom Américas Ltda, sendo que os investimentos de Telecom Américas Ltda superou significativamente os de Johi Holdco;
- Em 30/09/2004, aprovada a transferência de controle da ATL pela ANATEL, JOHI capitaliza os AFAC e registra ágio de R\$ 814.559.582,00 (posteriormente alterado para R\$ 903.231.375,58) fundamentado em rentabilidade futura da ATL.

Assim delineadas as operações, o Conselheiro Relator aponta que:

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.

A PGFN reporta que *a capitalização dos AFACs se deu em operação intragrupo. A JOHI (investidora) era controlada pela Telecom Américas Ltd, sendo que o grupo América Movil detinha 96% da própria Telecom Américas Ltd e 50% de participação indireta no capital da ATL (investida), antes da capitalização dos AFACs.* Contudo, como este elemento não foi referido no acórdão recorrido e não houve oposição de embargos de declaração para que o

Colegiado *a quo* sobre ele se manifestasse, ele será desconsiderado dentre os referenciais fáticos da decisão questionada.

Diante daquelas circunstâncias, o voto condutor do acórdão recorrido conclui que *o ágio foi gerado por partes independentes, não sendo ágio interno*, e quanto à objeção pautada na utilização de *empresa veículo sem propósito negocial e que as verdadeiras empresas adquirentes eram as empresas estrangeiras, inexistindo confusão patrimonial*, invoca julgado da Turma que considerou *válida a confusão patrimonial entre as empresas nacionais*, sob a premissa 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*. O Conselheiro relator assemelha os casos nos seguintes termos:

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).

Contudo, adicionou ainda a seguinte circunstância específica do presente caso:

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 negocial 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 extrafiscais para criação das empresas veículos.

[...]

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.

ii. Item 3.5 (Ágio da Sândalo decorrente da capitalização dos AFACs na ATL – Algar Telecom Leste S.A.): segundo a descrição fiscal:

- Os itens anteriores referem que Sândalo Participações foi constituída em 18/06/1999 e a partir de 18/12/1999 recebeu aumentos de capital que resultaram na formação do ágio tratado no item 3.3;

- Em 31/03/2000 houve novo aumento de capital subscrito por SBC International Brazil Holding Ltd. e Telmex Wireless Brazil, LLC, mas no mesmo dia estas acionistas são substituídas por SBCI Brasil Participações Ltda. No mesmo mês, Sândalo aporta parte do valor recebido em AFAC para Algar Telecom Leste S/A – ATL;
- Em 27/03/2011 Telecom Américas Ltda aporta capital em Sândalo, em moeda corrente, que é quase totalmente transferido a ATL em 29/03/2011, em novo AFAC;
- Em 30/09/2004 Sândalo capitaliza os AFAC em ATL, gerando ágio de R\$ 394.204.367,00 fundamentado em rentabilidade futura de ATL, cujo valor é corrigido pela Fiscalização para R\$ 474.091.708,44;
- Em 27/10/2004 SBCI Brasil Participações Ltda é cindida e a participação em Sândalo é destinada para incorporação por Sândalo. Em 29/10/2004 Sândalo é incorporada por ATL e em dezembro/2004 ATL é incorporada pela Fiscalizada, que passa a amortizar o ágio em meados de 2008.

A PGFN anota que a capitalização dos AFAC se deu *depois da aprovação da ANATEL para a transferência do controle acionário da ATL* e conclui que o procedimento é *semelhante ao realizado pela JOHI para investimento na TESS com capitalização dos AFACs, conforme acima tratado. Foram efetuados aportes de capital na controlada visando um futuro aumento de capital. Não houve um dispêndio financeiro pela mais valia da companhia, não houve uma operação de compra e venda entre terceiros independentes, mas mútuos entre partes interdependentes que posteriormente foram transformados em aumento de capital.* Também aqui, como este elemento não foi referido no acórdão recorrido e não houve oposição de embargos de declaração para que o Colegiado *a quo* sobre ele se manifestasse, ele será desconsiderado dentre os referenciais fáticos da decisão questionada.

O voto condutor do acórdão recorrido tem sua decisão pautada no fato de que a operação foi *complexa e durou anos, ocorreu entre partes independentes com o efetivo pagamento*, considerando insuficiente a acusação de que *a verdadeira adquirente era a empresa situada no exterior*, porque havia *impeditivo legal para que a empresa estrangeira adquirente controlasse a empresa adquirida no Brasil*, devendo ser aqui aplicado o mesmo raciocínio do item 3.2 e reiterando que:

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 extrafiscais para criação das empresas veículos.

iii. Item 4.4 (*Ágio na TAB decorrente da capitalização dos AFACs na TESS*):

O Conselheiro relator diz que *a fiscalização apenas descreve o histórico das operações societárias e explica como o ágio surgiu, mas não imputa nenhuma infração à legislação tributária*, e assim analisa a questão sob a acusação genérica de *criação de empresas veículo sem propósito negocial e a de que o real adquirente é a empresa estrangeira, inexistindo a confusão patrimonial*.

Na reprodução da descrição geral acerca dos investimentos em TESS, a Telecom Americas Brasil (TAB) figura no recebimento de aportes do Grupo América Movil destinados a AFAC em TESS entre 27/03/2002 e 30/03/2004. Em 28/10/2004 TAB é cindida e parte de seu patrimônio é incorporado pela Fiscalizada.

Neste caso, porém, o Conselheiro Relator menciona o apontamento da PGFN no sentido de que o ágio teria sido gerado internamente, e observa que *não foi esta a acusação apontada no TVF. Na realidade, para este item, o TVF sequer indica a infração*, razão pela qual analisa a questão sob a ótica da acusação geral posta em relação à aquisição de TESS e, assim, novamente refere que as operações foram *complexas, duraram anos, e tinham objetivos comerciais e empresariais claros, pautados na melhor forma de aquisição da empresa TESS*, tendo ocorrido a confusão patrimonial *após a liberação do controle direto da Telecom pela ANATEL em 2004*. Conclui, na sequência, pelo cancelamento da glosa porque:

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 negocial 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 negocial, 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.

Partindo destas premissas do voto condutor do acórdão recorrido, a PGFN afirma o dissídio jurisprudencial em face de paradigmas que *reconheceram que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora*. Importa observar que, relativamente a paradigma n.º 9101-002.187, a PGFN destaca a argumentação no sentido de que *pouco importa se havia limitações para as reestruturações societárias. Se a lei não prevê a excepcionalidade da dedução daquele ágio, não há que se contorcer a lei para que a dedução seja possível*. Neste sentido, de fato, o paradigma traz consignado que:

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 impedião 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.

Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido, para além de apontar as restrições do setor de telecomunicações, também destacou o fato de todas as operações serem complexas e durarem muitos anos, com vistas à efetivação da aquisição das investidas. E, sob esta ótica, os casos comparados se distinguem substancialmente porque, como bem observado pelo I. Relator, no paradigma a aquisição foi promovida por múltiplos adquirentes, em leilão de privatização do setor energético, seguindo-se a transferência das ações para uma empresa veículo que, no mês seguinte, é incorporada pela investida para viabilizar a amortização do ágio.

Extrai-se do voto condutor do recorrido que as restrições da ANATEL impuseram às adquirentes estrangeiras, que necessitavam promover investimentos nas empresas operacionais no Brasil sem poder controlá-las, realizar operações tidas como *complexas e durante anos*, até que a aquisição fosse autorizada. Sob esta ótica, o Colegiado *a quo* vislumbra que as empresas-veículo tiveram alguma finalidade ao longo dos anos em que os investimentos foram feitos no Brasil, e a peculiaridade de o paradigma tratar de uma aquisição direta, posteriormente aportada de forma efêmera em uma empresa-veículo, impede cogitar se o Colegiado que proferiu o paradigma adotaria a mesma interpretação em face das circunstâncias aqui presentes.

O segundo paradigma, nº 9101-002.213, por sua vez, traz circunstâncias específicas da operação lá analisada, que não se limitaram ao aporte de investidor estrangeiro em empresa veículo para aquisição de empresa nacional, e apresentou outras finalidades, para além da efemeridade das operações, em trecho destacado pela própria PGFN em seu recurso especial:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) **tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.**

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.
(destaque do recurso especial)

Evidente, assim, a dessemelhança entre os acórdãos comparados, e em tais circunstâncias o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Assim, o presente voto se alinha ao do I. Relator em seus fundamentos e conclusões para NÃO CONHECER do recurso especial da PGFN nesta primeira matéria.

Quanto aos demais questionamentos, a PGFN requer o restabelecimento da qualificação da penalidade relativamente *aos ágios indicados nos itens 3.3 (Ágio na Sândalo Participações S/A decorrente do aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A. e com notas promissórias); 3.4 (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); 4.1 (Ágio da IPÊ Participações decorrente do aumento de capital com notas promissórias); 4.2 (Do ágio registrado na TESS S.A. com origem no acervo da Tel Participações S.A.); e 4.3 (Do ágio na Tel Investimentos Ltda. originado do aumento de capital com ações da TESS S.A.)*, ao passo que a Contribuinte defendeu, em seu recurso especial, a admissibilidade das amortizações relativas a estes ágios e também ao tratado no item 3.1 (*Johi Participações*).

Esclareça-se, neste ponto, que o ágio indicado no item 3.3 tem parcelas vinculadas a Sândalo Participações S/A e a SBCI Brasil Participações Ltda. E, no exame de admissibilidade do recurso especial da Contribuinte, a parcela referente a Sândalo Participações S/A não teve seguimento, juntamente com as amortizações tratadas nos itens 3.1, 4.2 e 4.3 (este último porque a exigência correspondente também foi mantida no acórdão paradigma, editado em face da própria interessada). A Contribuinte, assim, alcançou seguimento apenas em relação às amortizações vinculadas aos itens 3.3 (SBCI Brasil Participações Ltda), 3.4 e 4.1.

Como inicialmente descrito, todas as glosas foram acrescidas de multa qualificada. O Colegiado *a quo*, por sua vez, cancelou parte das exigências e, quanto a outra parte, afastou a qualificação da penalidade. As operações foram descritas nos itens 3.1 a 3.5 e 4.1 a 4.4., e o acórdão de recurso voluntário apresentou a seguinte decisão:

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.

Nestes termos, por não referir o cancelamento da exigência, e nem mesmo a redução da penalidade quanto ao item 3.1, seria de se inferir que o lançamento daí decorrente teria sido mantido integralmente. Daí porque a PGFN, em seu primeiro recurso especial, não pleiteou o restabelecimento da qualificação da penalidade, como fez em relação aos itens 3.3, 3.4 e 4.1, e também não pretendeu o restabelecimento das glosas, como fez em relação aos itens 3.2, 3.5 e 4.4.

Como dito, houve oposição de embargos de declaração pela Contribuinte, e no acórdão de embargos o Colegiado *a quo* decidiu pela seguinte redação para o dispositivo do acórdão:

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, 4.1, 4.2 e 4.3. 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.

Veja-se que nesta nova redação o item 3.1 permanece não referido, subsistindo a interpretação de que o lançamento daí decorrente teria sido mantido integralmente. Em consequência, ao ser cientificada do acórdão de embargos a PGFN estendeu sua argumentação acerca da qualificação da penalidade apenas aos ágios tratados nos itens 4.2 e 4.3, sem incluir o item 3.1. A Contribuinte, porém, referiu este item como *mantido com redução de multa* e demonstrou divergência jurisprudencial para pretender o cancelamento integral da exigência. E isto porque arguiu omissão acerca deste ponto, e o voto condutor do acórdão de embargos concordou existir obscuridade e contradição, nos seguintes termos do relatório e voto desta decisão:

Já houve admissibilidade prévia parcial dos ED (fls. 4038/4047), abaixo reproduzido naquilo que é pertinente:

“5. Como visto, entendeu a decisão embargada, pelos seus votos vencido e vencedor, por manter a exigência relativa ao item 3.1 do TVF (voto vencido, acompanhado à unanimidade nessa matéria) e por reduzir a exigência da multa de ofício aplicada, de 150% para 75% (voto vencido), exceto no que se refere aos itens 4.2 e 4.3 (mantidos integralmente pelo voto vencedor). Ou seja, tudo indica que a multa de ofício aplicada, referente ao item 3.1 do TVF, teria sido desqualificada.

6. Patente a omissão apontada, uma vez que tal item não foi listado na parte dispositiva da decisão embargada, como segue (destaque da transcrição):

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”

(...)

[...]

VOTO

[...]

Compulsando os autos, vejo que cabe razão cabe à embargante.

De fato, no primeiro tópico admitido, relativo ao item 3.1 do TVF, há evidente obscuridade e contradição entre o voto vencido e o dispositivo do Acórdão.

Antes, porém, é imperioso pontuar que este Relator não foi designado, à época, para redigir voto vencedor em relação a este item, isso porque, como se vê na compulsão dos autos, a decisão do Colegiado - por unanimidade - foi prover o RV neste ponto, mantendo a infração e desqualificando a exasperação da multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

Diga-se, não houve “voto vencedor”, já que os componentes da Turma acompanharam unanimemente o Relator em seu voto e, neste aspecto, com a multa de 75%.

Resta, assim, retificar o dispositivo do Acórdão de modo a constar tal posição em sua redação, como se mostrará ao final deste voto.

[...]

Contudo, na retificação do dispositivo do acórdão embargado, novamente se olvidou o resultado acerca do item 3.1. Correto seria, em face do acima exposto, registrar que o Colegiado acordou, *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 3.1, 3.3; 3.4, 4.1, 4.2 e 4.3.* O Conselheiro Relator subsistiria, assim, vencido apenas no *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*, prevalecendo seu voto em favor da manutenção da glosa relativa ao item 3.1, com redução da qualificação da penalidade ao percentual de 75%.

A PGFN, por sua vez, não opôs embargos de declaração e não apresentou recurso especial contra o afastamento da qualificação da penalidade não declarado no dispositivo acerca do item 3.1. Já a Contribuinte, não opôs novos embargos de declaração, e apresentou recurso especial para pretender o afastamento das glosas, sem discutir a qualificação da penalidade que teria subsistido na falta de declaração de seu afastamento no dispositivo. Na sequência, o recurso especial da Contribuinte não teve seguimento em relação às amortizações tratadas nos itens 3.1, 3.3 (SBCI Brasil Participações Ltda), 4.2 e 4.3.

Não há dúvida, a partir dos votos dos dois acórdãos proferidos pelo Colegiado *a quo*, que ambos relatores afirmam a manutenção da glosa referente ao item 3.1 e o afastamento da qualificação da penalidade. Contudo, não há decisão do Colegiado que desconstitua a qualificação da penalidade. Assim, como a Contribuinte não teve sucesso no seguimento de sua pretensão de afastar esta exigência, ela subsiste com acréscimo de multa qualificada.

Sob esta premissa, cabe prosseguir na análise do conhecimento do recurso fazendário, tendo em conta apenas os contornos das operações que ensejaram os ágios tratados nos itens 3.3, 3.4, 4.1, 4.2 e 4.3 – sem cogitar de extensão ao item 3.1 -, os quais também servirão de referência para análise do conhecimento do recurso especial da Contribuinte acerca da glosa das amortizações relativas aos ágios tratados nos itens 3.3 (SBCI Brasil Participações Ltda), 3.4 e 4.1.

A PGFN indica que a qualificação da penalidade foi afastada no voto do Conselheiro Relator sob a premissa de que *o ágio efetivamente existiu e ocorreu na maioria das operações entre partes não relacionadas, estando as operações devidamente registradas e contabilizadas, tendo propósito negocial e econômico, sendo que as empresas existiram de fato e duraram anos, assim como a operação durou anos, sendo que os fundamentos para qualificação da multa repetem os dois argumentos principais do TVF, inexistindo comprovação de fraude ou dolo mediante prova robusta, mas apenas evidência de 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*. Em conclusão: *a mera repetição dos fundamentos para a glosa do ágio não pode motivar a qualificação da multa, exigindo-se que a fiscalização comprove a fraude ou o dolo para praticar irregularidade tributária*.

Na sequência, a PGFN adiciona que o redator do voto vencedor, *em que pese manter a autuação em relação às glosas das despesas com amortização do ágio em si, seguiu o relator do julgado em relação ao cancelamento da qualificação da multa de ofício, em nada acrescentando ao argumento de que a fiscalização não comprovou e não enquadrrou precisamente a prática do ato em uma das hipóteses específicas previstas em lei*.

Importante, assim, considerar a abordagem das operações em ambos os votos do acórdão recorrido, para depois comparar seus contornos com as operações tratadas nos paradigmas:

i. Item 3.3 - Parte Sândalo Participações S/A (Ágio na Sândalo Participações S/A decorrente do aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A e com notas promissórias): segundo a descrição fiscal:

- Sândalo Participações foi constituída em 18/06/1999 e a partir de 18/12/1999 recebeu aumentos de capital mediante conferência de ações de ATL Algar Telecom Leste S/A por valor superior ao patrimonial, escrituradas com ágio no valor de R\$ 6.488.000,00;
- A Fiscalização classificou este ágio como interno, porque Algar S/A Empreendimentos e Participações reavaliou seu investimento em ATL ao utilizar estas ações para integralizar capital em Sândalo Participações, inexistindo custo que justificasse a contabilização do ágio.

O Conselheiro Relator afirmou que a autuação deveria ser mantida porque ausente *desembolso financeiro ou o substrato econômico* e considerando a *relação entre partes interdependentes*. A qualificação da penalidade, porém, deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

ii. Item 3.3 - Parte SBCI Participações S/A (Ágio na Sândalo Participações S/A decorrente do aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S.A e com notas promissórias): segundo a descrição fiscal:

- Em 29/12/1999 SBCI Brasil Participações Ltda, do grupo Telecom Américas, aportou capital em Sândalo Participações mediante entrega de duas notas promissórias vencíveis em 10/01/2000 e 28/03/2000, contabilizando ágio que foi parcialmente deduzido para fins fiscais no valor de R\$ 390.380.130,85;
- Em 30/12/1999 houve redução de capital de Sândalo Participações por outros sócios, permanecendo SBCI Brasil Participações como única acionista. Os sócios antigos levaram uma das notas promissórias e Sândalo Participações permaneceu com as ações de emissão da ATL que elas haviam aportado em Sândalo. O ágio relativo a esta nota promissória (R\$ 284.579.871,17) foi glosado 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 Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware)

O Conselheiro Relator restou vencido em seu entendimento de que o ágio seria passível de amortização fiscal porque a operação ocorreu entre empresas que *não pertenciam ao mesmo grupo, ou seja, o grupo Algar e o grupo Telecom*, estando provado o pagamento, sendo que *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 Telecomunicações e de Licitação*. Já a qualificação da penalidade deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

Quanto à exigência principal, porém, prevaleceu, segundo o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, a constatação expressa pela PGFN em contrarrazões, no sentido de 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”*. Em tais circunstâncias, o ágio seria indedutível porque não verificada a “confusão patrimonial” entre o investidor e o investido, pois, no caso *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)*.

O voto vencedor prossegue afirmando a existência de *um painel de artificialidade* para que *um “ágio” assim gerado* afetasse os resultados futuros da recorrente, e refuta as alegadas *restrições legais para que empresas estrangeiras detivessem o controle das concessões ou autorizações de serviços de telefonia* nos termos expressos pela PGFN acerca da vedação contida no Decreto nº 2.617/98. Invoca, ainda, o voto condutor do Acórdão nº 9101-002.187

acerca de restrições desta espécie, e da sua inadmissibilidade como meio para justificar a amortização de ágio sem a efetivação das condições legais para tanto.

Ao final, adiciona que o fato de o ágio ter sido suportado por empresas estrangeiras e não ser passível de aproveitamento no Brasil, sendo a operação estruturada para permitir esta amortização, não seria suficiente para a qualificação da penalidade, dado o Fisco justificar a qualificação da penalidade nos *mesmos fundamentos utilizados para a lavratura das infrações principais*.

iii. Item 3.4 (Ágio da ATL Participações S.A (ex-Algar Telecom Participações S.A.) decorrente do aumento de capital com notas promissórias): segundo a descrição fiscal:

- Em 29/12/1999 SBCI Brasil Participações Ltda aportou capital em Algar Telecom Participações S/A, recém constituída em 30/11/1999 e com aumento de capital em 18/12/1999 subscrito por Algar Telecom S/A. No aporte por SBCI é entregue nota promissória em valor superior ao patrimonial, com registro de ágio de R\$ 196.982.436,70 do qual foi utilizado o valor de R\$ 112.561.401,56.
- Em 30/12/1999 houve redução de capital de Algar Telecom Participações S/A por outros sócios que levaram a nota promissória. De forma semelhante ao caso anterior, o ágio correspondente foi glosado porque os reais adquirentes teriam sido SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware).
- Em 27/11/2003 as sociedades estrangeiras transferem sua participação em SBCI Brasil Participações Ltda para SBCI Brasil Ltda, que passa a controlá-la até 26/10/2004, quando é extinta por incorporação da SBCI Brasil Participações Ltda, que assim passa a ser controlada por Claro Telecom Participações S/A.
- Em 27/10/2004 SBCI é cindida e incorporada por sua controladas (Sândalo e ATL Participações), restando no patrimônio de ATL Participações o ágio surgido com a subscrição de capital com notas promissórias. Em 29/10/2004 ATL Participações é incorporada por ATL –Algar Telecom Leste S/A e em dezembro/2005 esta é incorporada pela Contribuinte, que passa a aproveitar o ágio tributariamente em meados de 2008.

O Conselheiro Relator invoca os mesmos fundamentos do item anterior para afastar as glosas, observando que não há *qualquer acusação em relação à falta de pagamento e ágio gerado internamente*. Já a qualificação da penalidade deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

Quanto à exigência principal, o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone também refere os mesmos fundamentos do item anterior. Também o faz na concordância com o afastamento da qualificação da penalidade.

iv. Item 4.1 (Ágio da IPÊ Participações decorrente do aumento de capital com notas promissórias) : segundo a descrição fiscal:

- Em 12/12/2000 é constituída Ipê Participações S/A, que recebe a partir de 28/02/2001 dois aumentos de capital mediante entrega de ações de TESS detidas por Algar Telecom.
- Em 09/04/2001 Telecom Americas Ltda aumenta capital de Telecom Américas Brasil Ltda – TAB e esta aumenta capital de Ipê Participações S/A na mesma data, parte em nota promissória emitida por Telecom Americas Ltda. Parte do aumento de capital foi registrado em reserva de ágio, e na sequência o capital é reduzido com a retirada de Algar Empreendimentos que recebe pagamento em dinheiro e a nota promissória referida.

O Conselheiro Relator registra que, *para 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*, e assim considerada que não diferenciação em relação às operações antes citadas, reiterando tratar-se de *operação 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*. Adiciona, contra argumentação da PGFN, *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*. Também refuta objeções à invalidade do laudo apresentado, porque não apresentada pela fiscalização. Já a qualificação da penalidade deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

Quanto à exigência principal, o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone também refere os mesmos fundamentos dos itens anteriores, concluindo que o ágio se formou em face da *verdadeira compradora, no caso a sociedade estrangeira Telecom Americas Ltd*. Reportando excertos da decisão de 1ª instância, adicionou que *a constituição da IPÊ serviu como justificativa jurídica que oportunizaria a não tributação do ganho de capital e a dedutibilidade futura de ágio*. No mais, concordou com o afastamento da qualificadora diante de *acusações genéricas de fraude, conluio ou sonegação*.

v. Item 4.2 (Ágio registrado na TESS S.A com origem no acervo da Tel Participações S.A): segundo a descrição fiscal:

- Entre 28/02/2001 e 01/03/2001 sucessivas operações de cisão e versão de patrimônio localizaram no patrimônio de Tel Participações S/A ágio utilizado para fins fiscais;
- Em 01/03/2001 o grupo Telecom Américas adquiriu as ações de Tel Participações e houve transferência do ágio antes gerado internamente

O Conselheiro Relator conclui que o *ágiio foi gerado internamente*, mas a acusação fiscal *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*. Por tal razão, impôs o entendimento dos itens anteriores, cancelando a glosa sob os mesmos fundamentos, acrescentando que *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. A qualificação da penalidade, por sua vez, deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

Quanto à exigência principal, porém, prevaleceu o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, no sentido de que o ágio *decorreu exclusivamente de operações envolvendo empresas do mesmo grupo econômico*, sendo indedutível desde sempre, e não apenas a partir do art. 22 da Lei nº 12.973/2014. Adicionou *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”.*

Nada acrescentou acerca da qualificação da penalidade.

vi. Item 4.3 (Ágio na Tel Investimentos Ltda originado do aumento de capital com ações da TESS S.A): segundo a descrição fiscal:

- Em 28/02/2001 as sócias quotistas de Tel Investimentos Ltda aumentam seu capital entregando as ações que detinham em TESS, por valor superior ao patrimonial, ensejando o registro de ágio de R\$ 49.283.136,72;
- Em 03/04/2001 as sócias originais (Telia AB e Telia Overseas AB) são substituídas por Tel Holdings International, LLC e José Roberto Camargo Ópice, sendo que este transfere sua única quota para Telecom Américas Brasil – TAB em 14/06/2002;
- Em 27/09/2004 a Tel Holdings International, LLC é incorporada por Telecom Américas Investimentos Ltd, e esta é substituída em no quadro social de Tel Investimentos Ltda em 26/10/2004 por Claro Telecom Participações S/A, que também recebe a única quota de TAB em 30/09/2004;
- Em 28/10/2004 a Tel Investimentos Ltda é incorporada por Eriline Celular S/A e esta é incorporada por Tess S/A em 29/10/2004.
- Em 31/12/2005 a Tess S/A é incorporada pela Contribuinte, que em meados de 2008 começa a amortizar o ágio.

O Conselheiro Relator observa que apesar de a acusação fiscal ser no sentido de que a real adquirente é empresa situada no exterior, a PGFN aduz que o ágio teria sido gerado internamente, posicionamento que seria contraditório com a Fiscalização. Assim, analisando a acusação fiscal sob os mesmos parâmetros dos demais itens, reafirmou a improcedência da glosa, vez que *as empresas veículo tinham sim propósito negocial, e foram criadas com objetivos econômicos e empresariais claros, em decorrência de operações complexas e duradouras, para além do impeditivo legal existente na legislação de Telecomunicações e de Licitação que exigiam o controle de empresa brasileira.* Na mesma linha, a qualificação da penalidade deveria ser afastada pelos fundamentos genericamente expostos, acima referidos pela PGFN.

Quanto à exigência principal, porém, prevaleceu, segundo o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, que concordou com a conclusão de a acusação fiscal apenas citar a *aquisição por não residente como motivador da glosa da amortização*, mas discordou da

possibilidade de amortização fiscal se *o ágio foi suportado pela legítima adquirente, empresa situada no exterior, inexistindo a obrigação “confusão patrimonial”*.

Nada acrescentou acerca da qualificação da penalidade.

Em síntese:

- No item **3.3 (Parte Sândalo Participações S/A)** a acusação e a manutenção da exigência se deram sob o entendimento de que o ágio seria interno;
- Nos itens **3.3 (Parte SBCI Participações S/A), 3.4 e 4.1** a acusação e a manutenção da exigência se deram sob o entendimento de que a real adquirente seria empresa estrangeira, sendo que a empresa-veículo também se prestou a operação “casa-separa” para não tributação do ganho de capital na alienação;
- No item **4.2** a acusação se deu sob o entendimento de que a real adquirente seria empresa estrangeira, mas a manutenção da exigência se deu sob o entendimento de o ágio ser interno, além do laudo ser tardio; e
- No item **4.3** a acusação e a manutenção da exigência se deram sob o entendimento de que a real adquirente seria empresa estrangeira, apesar das evidências de que o ágio seria interno.

Quanto à qualificação da penalidade, para além da menção à efetiva existência do ágio na maioria das operações, porque realizadas entre partes não relacionadas, as referências no voto condutor do Conselheiro Relator, assim como as indicações no voto vencedor acerca da exigência principal, são no sentido de que a Fiscalização deve comprovar evidências de fraude, não bastando, para tanto, a repetição dos fundamentos para a glosa do ágio.

Importa observar, porém, que os fundamentos para afastamento da qualificação da penalidade são os expressos no voto do Conselheiro Relator. Isto porque, embora o voto vencedor refute as justificativas acerca da regulação do setor de telecomunicações – especialmente no que se refere à impossibilidade de controle por empresa estrangeira - para manter a glosa das amortizações, o voto do Conselheiro Relator invoca esta circunstância para afastar a qualificação da penalidade. Veja-se:

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. *(negrejou-se)*

Neste ponto, portanto, cabe registrar que esta Conselheira discorda do I. Relator quando indica o voto vencedor do acórdão recorrido acerca dos fundamentos para afastamento da qualificação da penalidade. Tais referências somente foram consideradas por esta Conselheira porque concordantes com parte dos fundamentos do voto do Conselheiro Relator do acórdão recorrido, não sendo possível desprezar seus demais fundamentos porque tal voto é condutor do recorrido nesta parte.

Este ponto, inclusive, foi esclarecido no acórdão de embargos, nos seguintes termos:

Veja-se que foi dado provimento parcial, por maioria, 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.

Ou seja, **contra** o voto do Relator (que foi acompanhado pelo Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira) que pugnava pelo cancelamento da exigência, a Turma Julgadora, por maioria, MANTEVE os lançamentos presentes nos itens 4.2 e 4.3 do TVF, entendendo correto o procedimento do Fisco.

De outro lado, tendo em vista o voto do Relator antes reproduzido no seu item 5, na parte em que não restou vencido (fls. 3868/3872), foi decidido pelo Colegiado a redução da multa de ofício de 150% para 75%.

Com isso, a designação do Relator destes ED para, à época, ser o redator do voto vencedor em relação a alguns itens do Acórdão, dizia tão somente respeito ÀS INFRAÇÕES (que o Relator cancelava), não atingindo a multa de ofício qualificada, esta já afastada pelo Colegiado conforme descrito neste voto.

Isto consta no voto vencedor, embora, reconheça-se, sem a devida clareza (o que motivou, inclusive, a interposição dos presentes Embargos de Declaração):

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.

[...].

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 a qualificação da multa de ofício, e MANTER INTEGRALMENTE os lançamentos identificados nos itens 4.2 e 4.3 do TVF.

Com isso, há que se acolher os presentes ED de forma a sanar a obscuridade e contradição apontadas, devendo se esclarecer que, embora mantidas as infrações e imputações presentes nos itens 4.2 e 4.3 do TVF, sobre referidas infrações aplica-se a multa de ofício de 75% e não de 150%. *(destaques do original)*

A PGFN apresenta o paradigma n.º 1101-000.899 que trataria *de ágio criado artificialmente com base na rentabilidade futura da empresa, mediante a utilização de empresa*

veículo para a transferência de capital, e desta especificamente o seguinte excerto como representativo dessa artificialidade:

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. O procedimento aqui realizado não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora original, diversamente do que cogita a lei. (*destaques da recorrente*)

Na sequência, a similitude é afirmada entre os casos comparados nos seguintes termos:

Observe-se que a operação engendrada na hipótese do acórdão paradigma, guardando algumas peculiaridades, em tudo se amolda à situação posta nos autos sob análise. Com efeito, pode-se afirmar que, em ambos os casos, as seguintes circunstâncias estão presentes nas operações perpetradas pelos contribuintes autuados:

- o investimento NÃO foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial;
- inexistia substrato econômico na aquisição do investimento;
- empresas foram utilizadas, de fato, como meros veículos para alienação das empresas operacionais;
- não se configurou a confusão patrimonial necessária entre o verdadeiro investidor e o investimento;
- o propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, ou seja, um fim em si mesmo;
- as autuadas conseguiram converter a própria rentabilidade futura em custo para deduzir em sua base tributável; etc.

A similitude das operações analisadas no acórdão recorrido e no acórdão paradigma é mais do que patente. Apesar disso, o acórdão ora recorrido entendeu por bem desqualificar a multa de ofício aplicada, enquanto que o acórdão apontado como paradigma entendeu que a situação deve ser enquadrada como fraudulenta, mantendo a multa em seu patamar de 150%.

A abordagem da recorrente traz indicativos de que o paradigma em questão trataria de ágio interno. Mas, em verdade, a questão discutida naquele momento ficou restrita à amortização de ágio sem a necessária confusão patrimonial entre adquirente e adquirida dada a interposição de empresas veículo com a pretensão, apenas, de permitir a redução do lucro tributável sem a observância dos requisitos legais³⁸. E, neste contexto, a qualificação da penalidade foi mantida porque a criação de empresas-veículo *teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64.*

Sob esta ótica, o paradigma poderia se prestar à caracterização do dissídio jurisprudencial em face de todas as exigências exoneradas, vez que o Colegiado *a quo* demandou a demonstração de fraude distinta da artificialidade que motivou a glosa das amortizações. E isto

³⁸ Neste sentido é o esclarecimento consignado no voto vencedor exarado por esta Conselheira no Acórdão n.º 9101-005.791, quando o paradigma n.º 1101-000.899 foi confrontado com lançamento posterior, decorrente da mesma operação, mas veiculando evidências de se tratar de ágio formado internamente ao grupo econômico.

inclusive em relação às acusações que tratariam de ágio interno, dado a qualificação da penalidade ter sido decidida sob os mesmos fundamentos para todas as operações.

Esclareça-se que, com referência ao segundo paradigma, Acórdão nº 1103-000.960, a PGFN também destaca as referências na ementa a *eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade negocial*, mas o voto condutor do paradigma afasta, expressamente, a *figura do ágio interno indicado pela fiscalização*, porque na segunda operação realizada entre partes relacionadas não houve formação de novo ágio. De toda a sorte, o entendimento daquele Colegiado acerca da qualificação da penalidade também foi no sentido de seu cabimento em razão da realização de operações societárias apenas com finalidade de alcançar economia tributária. Afirma-se, inclusive, tratar-se de *clássico caso de empresa veículo*, e a qualificação da penalidade é mantida porque, diante da *ausência de qualquer propósito negocial* para a utilização da incorporada *para transferência do ágio para a incorporadora*, o caso deveria ser enquadrado como simulação. Nestes termos, infere-se que esta capitulação como simulação é uma conclusão do Colegiado, vez que a acusação fiscal está assim relatada no paradigma:

A qualificação da multa incidente sobre o tributo relativo à infração indicada no item "a" acima foi motivada pelo "intuito doloso de excluir ou modificar as características do fato gerador da obrigação tributária mediante o uso de empresa veículo e ausência de propósito negocial em atos de reorganização societária", segundo informado pela autoridade fiscal no TVF.

Contudo, apesar de ambos paradigmas afirmarem a qualificação da penalidade pelas mesmas razões que motivaram a glosa das amortizações, nenhum deles se presta a desconstituir o voto condutor do acórdão recorrido no ponto em que reporta a especificidade de as operações terem sido estruturadas com observância das *normas do setor de Telecomunicações e da ANATEL*. Como antes justificado, compreende-se que o voto vencedor, ao rejeitar estas limitações como hábeis a justificar a amortização do ágio na hipótese de a confusão patrimonial não envolver a real adquirente, não permite afirmar que o Colegiado *a quo* também afastou esta circunstância na decisão acerca da qualificação da penalidade, porque os fundamentos desta decisão estão contidos no voto do Conselheiro Relator, e não do Redator designado.

Sob esta ótica, portanto, impõe-se concluir que os dois paradigmas foram exarados em circunstâncias fáticas que se distinguem do recorrido em ponto determinante para a decisão acerca da qualificação da penalidade e, como antes justificado, em tais circunstâncias o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Por tais razões, e dada a adoção de referenciais distintos do I. Relator acerca do voto condutor para afastamento da qualificação da penalidade no acórdão recorrido, bem como tendo em conta também as especificidades dos itens que tratariam de ágio interno, mas não tiveram motivação diferenciada para qualificação da penalidade, esta Conselheira conclui por NÃO CONHECER do recurso especial da PGFN também neste segundo ponto.

Por fim, no que diz respeito ao recurso especial da Contribuinte, como já mencionado, foi admitida divergência acerca da glosa de amortização do ágio tratado nos itens **3.3 (Parte SBCI Participações S/A)**, **3.4** e **4.1**. Como antes demonstrado, nestes casos a acusação e a manutenção da exigência se deram sob o entendimento de que a real adquirente seria empresa estrangeira, sendo que a empresa-veículo também se prestou a operação "casa-separa" para não tributação do ganho de capital na alienação.

O recurso especial teve seguimento em face do paradigma nº 1301-002.658, exarado em face da mesma Contribuinte, e que nestas operações resultou em decisão a ela favorável.

Registre-se que referido paradigma foi objeto de recurso especial pela PGFN que, pautado na reunião de agosto/2022, não foi conhecido, segundo os fundamentos expressos pela Conselheira Livia De Carli Germano, assim resumidos em ementa:

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONTEXTOS FÁTICOS DIVERSOS.

Não se conhece de recurso especial quando os acórdãos indicados como paradigma tratam de situação fática essencialmente distinta da analisada pelo acórdão recorrido. Não há divergência jurisprudencial quando os precedentes chegam a conclusões diversas com base nas mesmas normas jurídicas, mas diante de diferentes contextos fáticos.

Os paradigmas tratam de investimento originalmente adquirido de terceiros que é transferido a uma *holding* do grupo, analisando assim os efeitos de tal transferência na amortização fiscal do ágio (“transferência de ágio”). Já no caso dos autos, o acórdão recorrido pontua ter se tratado de caso em que as *holdings* originalmente receberam de terceiros a participação societária nas investidas, sendo que o que se discute é o fato de que, antes da incorporação de tais *holdings* pelas investidas, houve a constituição de novas *holdings* para controlar as *holdings* originais, sob a justificativa de se evitar que empresas estrangeiras detivessem capital direto nas empresas operacionais, visto que isso era vedado pela legislação nacional de telecomunicações.

De fato, como antes demonstrado, nos itens **3.3 (Parte SBCI Participações S/A), 3.4 e 4.1**, o ágio tem origem em aportes de recursos (notas promissórias) promovidos por investidores estrangeiros, que são destinados à aquisição de ações de ATL Algar Telecom Leste S/A (item 3.3/SBCI), Algar Telecom Participações S/A (item 3.4) e TESS (item 4.1).

O Colegiado *a quo* tendo em conta que as reais adquirentes eram as *empresas estrangeiras SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware)*, para os itens 3.3 e 3.4, e *Telecom América Ltda*, para item 4.1, negou a dedutibilidade das amortizações que afetaram o lucro tributável da Contribuinte após uma sucessão de incorporações. Nos termos do voto vencedor do acórdão recorrido, diante da existência de *um painel de artificialidade* para que *um “ágio” assim gerado* afetasse os resultados futuros da recorrente, deveriam ser refutadas as alegadas *restrições legais para que empresas estrangeiras detivessem o controle das concessões ou autorizações de serviços de telefonia* nos termos expressos pela PGFN acerca da vedação contida no Decreto nº 2.617/98.

Já o paradigma traz consignado, para os três itens, que a exigência deve ser cancelada porque *houve o efetivo desembolso na participação societária por meio das notas promissórias, resultando na geração do ágio*, sendo que *as empresas veículos só foram criadas por conta do impeditivo regulatório para que as empresas estrangeiras pudessem ter presença no Brasil*, ou, mais precisamente, *pelo fato da legislação de telecomunicações não permitir que empresas estrangeiras possuam o controle direto ou indireto de empresas brasileiras detentoras de concessão, permissão ou autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações*.

Note-se que foi precisamente nestes três itens que a decisão favorável à Contribuinte no paradigma alcançou o maior número de adesões no outro Colegiado do CARF:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência referente à amortização dos ágios indicados nos itens 3.2, 3.3 (somente quanto ao ágio 2 nota promissória relativa à operação da Algar, SBCI e Sândalo), 3.4, 3.5, 4.1e 4.4 do Termo de Verificação Fiscal, vencida a

Conselheira Milene de Araújo Macedo que votou por negar provimento ao recurso. **Os Conselheiros Ângelo Abrantes Nunes e Fernando Brasil de Oliveira Pinto votaram por dar provimento parcial em menor extensão, mantendo o lançamento em relação aos itens 3.3, 3.4 e 4.1 do Termo de Verificação Fiscal.** (*negrejou-se*)

Evidenciada a similitude fática afirmada entre os casos comparados referida no exame de admissibilidade, esta Conselheira acompanha o I. Relator no CONHECIMENTO do recurso especial da Contribuinte.

No mérito, esta Conselheira mantém a adesão às anteriores decisões da maioria qualificada, contrária à amortização fiscal do ágio em circunstâncias semelhantes, pautando-se em premissas que estão fundamentadamente fixadas pelo Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural³⁹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

³⁹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

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 n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 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. 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 n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 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. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será

computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumisse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão⁴⁰.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP n.º 1.602, de 1997⁴¹, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela

⁴⁰ Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁴¹ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER⁴² ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁴³ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre

⁴² SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁴³ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP n.º 1.602, de 1997 (convertida na Lei n.º 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei n.º 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

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

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

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

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁴⁴.

⁴⁴ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão)**. E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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).

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):

(...)

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; (...) (grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁴⁵.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁴⁶, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *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*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se

⁴⁶ SCHOUERI, 2012, p. 62.

para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. (*destaques do original*)

No presente caso, como bem exposto no voto vencedor do acórdão recorrido, as adquirentes estrangeiras dos investimentos não participaram dos eventos de incorporação que conduziram o ágio pago ao patrimônio da Contribuinte. Ou seja, *não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento*. Vale a transcrição do voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone:

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)”.
[...]

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 artifícios 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.

[...]

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. (*negrejou-se*)

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão n.º 1101-000.961:

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

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319/99:

A Instrução CVM n.º 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

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

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

Recorde-se o que diz a Lei n.º 9.532/97:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida⁴⁷. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

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

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

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

[...]

⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

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

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite constituir situações jurídicas artificiais como as verificadas nestes autos. Ademais, ainda que a restrição regulatória invocada existisse, a impossibilidade de amortização do ágio era uma desvantagem a ser considerada pelo grupo empresarial adquirente, e não se presta como justificativa para construção de estruturas artificiais assemelhadas às previstas no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte no que se refere às glosas de amortização de ágio descritas nos itens 3.3 (na parte referente a SBCI Brasil Participações), 3.4 e 4.1.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, quanto ao **recurso especial do sujeito passivo**, acompanhei o voto do i. Relator quanto ao conhecimento e também no mérito, para dar-lhe provimento.

O recurso especial do sujeito passivo teve seguimento para discutir a glosa de três ágios, mantida pelo acórdão recorrido com base nos seguintes fundamentos:

Item 3.3 do Termo de Verificação Fiscal (TVF) – ágio de R\$ 284.579.871,17 relativo à **nota promissória** de R\$ 322.759.311,17. Voto vencedor conclui que o ágio foi efetivamente suportado por empresas estrangeiras (“*suportado no terreno das coisas reais e essenciais, não apenas na forma*”), apontando que a entrega de “recursos” às brasileiras se deu via **notas promissórias** e que tais empresas eram “interpostas”, “de prateleira” com capital de mil reais. Refuta o argumento de necessidade das holdings sob aspectos regulatórios apontando que o que a legislação proíbe é o controle e a empresa não estava nem perto de obter o controle da ATL.

Item 3.4 do TVF - voto vencedor mantém a exigência pelas mesmas razões do item 3.3 acima.

Item 4.1 do TVF – voto vencedor aponta a operação de **casa-separa** utilizando de reserva de ágio para resgate de ações. TAB seria empresa-veículo que recebeu os recursos e no mesmo dia adquiriu o investimento. Destaca trechos do acórdão da DRJ que afirma que a operação se deu entre partes independentes mas ensejou a não tributação do ganho de capital pelo vendedor.

Quanto à admissibilidade recursal, verifica-se a necessidade de que o contribuinte tenha controvertido não apenas a questão de utilização de “empresa-veículo”, mas os demais fundamentos considerados relevantes pelo acórdão recorrido, em especial, o aporte de recursos via nota promissória (itens 3.3. e 3.4) e a operação assemelhada a “casa-separa” (item 4.1).

A conclusão pela admissibilidade do recurso especial do sujeito passivo se dá porque, de fato, o contribuinte logrou êxito neste aspecto, em especial porque apontou como paradigma exatamente o acórdão 1301-002.658, que foi objeto do recurso especial da Fazenda Nacional julgado por esta mesma 1ª Turma da CSRF em agosto de 2022, nos termos do acórdão 9101-006.248, e no qual a Turma Ordinária deste CARF abordou o questionamento relativo aos mesmos ágios, diante de Termo de Verificação Fiscal lavrado pela mesma autoridade autuante e em decisão que analisou os mesmos fundamentos de defesa dos presentes autos.

As situações fáticas e jurídicas analisadas pelo recorrido e paradigma são, portanto, idênticas, com a distinção apenas quanto ao ano-calendário de amortização fiscal dos ágios, eis que a fiscalização lá foi continuação da ação fiscal dos presentes autos.

No mérito, concordo com o i. Relator que os motivos indicados pela autoridade autuante para a glosa das amortizações fiscais dos ágios registrados na aquisição das participações societárias não devem prevalecer, como passo a expor.

3.3 - Ágio na Sândalo decorrente aumento de capital com ações da ATL Algar Telecom Leste S/A e com notas promissórias (somente quanto ao ágio 2 - nota promissória relativa à operação da Algar, SBCI e Sândalo) (item 3.3 do TVF)

Aqui, a matéria objeto do presente recurso é apenas o ágio gerado pela aquisição realizada com a Nota Promissória de R\$ 322.759.311,17.

Eis os fatos, no resumo elaborado pela Recorrente nos autos do processo 16561.720016/2015-10 (grifamos):

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

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

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

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

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

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

Em 30/12/1999, foi reduzido o capital social da Sândalo mediante a restituição das respectivas ações detidas pelas empresas Algar S/A Empreendimentos e Participações; Algar Telecom S/A e Algar Administradora de Sistemas Ópticos Ltda. A SBCI Brasil Participações (grupo Telecom Américas) passa a ser a única acionista da Sândalo4.

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

A SBCI Brasil Participações e a Sândalo Participações serviram apenas como canais de trânsito, pois, à época da entrega das notas promissórias (29/12/1999) a SBCI Participações teria um capital de apenas R\$ 1.000,00. 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.

No que diz respeito especificamente ao ágio de R\$ 284.579.871,17, referente à NP de R\$ 322.759.311,17, verifica-se a mesma situação verificada com à IPÊ em relação à aquisição da TESS (Ágio IPÊ - item 4.1, p. 68 do TVF). Com efeito, o real adquirente da participação da Algar na Sândalo (e consequentemente na ATL) foram as empresas estrangeiras SBC International Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), que forneceram os recursos à SBCI Participações para liquidação da referida NP, conforme se constata do TVF (p. 55):

(...)

Com efeito, na prática 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, 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.

(...)

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).

Contudo, *ad argumentandum tantum*, ainda que a utilização da empresa veículo encontrasse justificativa em propósito negocial e extratributário, ainda assim razão assistiria à auditoria fiscal, com base nos argumentos expendidos no tópico anterior. Isto é, a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (adquirente de fato), o que não ocorreu no caso. Fica afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas, ainda que com propósito negocial, por ausência de normatização.

Quanto a este ágio, a autoridade autuante assim observa e conclui no TVF:

A ESSÊNCIA DO NEGÓCIO: Na realidade houve uma alienação de parte das ações da ATL, que era de propriedade do grupo mineiro: Algar Telecom S.A.(ex- Lightel) e Algar S.A. Empreendimentos e Participações, para SBC International Brasil Holding(Ilhas Cayman) e Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware), utilizando a SBCI Brasil Participações Ltda.- SBCIB e a Sândalo como canais de trânsito.

Vejamos o porquê:

A nota promissória foi utilizada para pagar a aquisição de 2.556.439 ações da Algar Telecom Leste S/A. - ATL, as quais foram utilizadas para subscrever capital na Sândalo, mediante a emissão por esta de 1.559.000 ações.

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.

Diante do exposto, e considerando a essência do negócio, valor do ágio referente ao pagamento da nota promissória de R\$ 322.759.311,17, pode ser assim recalculado:

Quantidade de ações da ATL adquirida - 2.556.439 = 18%
Quantidade de ações do capital da ATL - 14.203.000

PL contábil da ATL na data da aquisição - R\$ 212.108.000,00
percentual de participação - _____ x 18%
Custo contábil - R\$ 38.179.440,00

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

(...)

Como se percebe, o ágio em relação a essa nota promissória foi glosado porque a autoridade autuante considerou que os “reais adquirentes” da sociedade operacional (ATL) foram as empresas estrangeiras, e não a *holding* brasileira. Mas os únicos fatos que a acusação indica para questionar a participação da *holding* na aquisição são o diminuto capital social desta (mil reais) e a circunstância de os recursos terem vindo do exterior.

Com a devida vênia, tais fatos não são hábeis a infirmar, de maneira incisiva, os documentos produzidos na operação que indicam que foi a *holding* brasileira quem realizou a aquisição. Daí a conclusão de que os argumentos para sustentar a ilegitimidade da geração do ágio neste caso são insuficientes.

Não estão presentes nos autos indícios convergentes de que a *holding* não participou do negócio e, pelo contrário, há pelo menos uma justificativa regulatória considerável para respaldar a sua atuação, como bem demonstrou o sujeito passivo em sua defesa.

Assim, merece o recurso especial ser provido neste ponto.

3.4 - Ágio na ATL Participações S.A.(ex- Algar Telecom Participações) decorrente do aumento de capital com notas promissórias (item 3.4 do TVF)

Eis os fatos, no resumo elaborado pela Recorrente nos autos do processo 16561.720016/2015-10:

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.).

Como já visto acima, a justificativa da aquisição por intermédio da SBCI em função da proibição regulamentar de assunção de controle por sociedade estrangeira na existia, na realidade, por ocasião dessas aquisições.

As conclusões da autoridade autuante no TVF foram reproduzidas pela própria Recorrente no trecho acima transcrito.

Novamente, verifica-se que os argumentos utilizados pela fiscalização para a glosa do ágio não prosperam. O questionamento deste item residiu exclusivamente no fato de os recursos terem vindo do exterior, mas não há fatos nem razões jurídicas capazes de levar à desconsideração da participação da *holding* na operação ou à requalificação dos fatos tais como declarados pelo sujeito passivo.

Assim, dou provimento ao recurso também neste item.

4.1 Ágio na Ipê Participações S.A. decorrente de aumento de capital com notas promissórias (item 4.1 do TVF)

Eis os fatos, no resumo elaborado pela Recorrente nos autos do processo 16561.720016/2015-10:

Esta sociedade (IPÊ) foi constituída em 12/12/2000, tendo como acionistas a Algar Empreendimentos (99,7%) e pessoas físicas. 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.

Como se pode perceber, na prática o que houve 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, como disse o autuante: "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".

Nesse desenho, fácil conceber que o real adquirente das ações da TESS, nos termos expostos nas considerações gerais acima, foi efetivamente a Telecom Américas Ltd., e não a empresa-veículo TAB.

Ora, 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. A TAB foi mero veículo da aquisição, que inequivocamente envolvia a Telecom Américas Ltd no polo comprador e o grupo Algar no polo vendedor.

Com isso, tem-se que as operações societárias que levaram, por fim, o ágio contabilizado na TAB 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.

(...)

Quanto a este ágio, a autoridade autuante assim observa e conclui no TVF:

Demonstrativo do ágio apurado pela TAB em razão do investimento na IPÊ:

Valor do investimento da TAB na IPÊ	R\$ 534.436.398,60
Ações subscritas pela TAB	501.010.640
total de ações da IPÊ	1.002.021.280
Patrimônio Líquido da IPÊ (PL + Prejuízo do exercício)	R\$ 293.074.588,63
Valor do aumento de capital	R\$ 534.436.398,60
Percentual de Participação da TAB na IPÊ	50,00%
Equivalência patrimonial	R\$ 413.755.493,62
Ágio	R\$ 120.680.904,99

(...)

A ESSÊNCIA DO NEGÓCIO: a exemplo do que ocorreu com a Sândalo e com a ATL Participações (ex- Algar Telecom Participações S.A.), descrito anteriormente, 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. Conclui-se, destarte, que a Telecom Américas Ltd foi a real adquirente das ações da TESS S.A.

A análise das operações acima descritas me permite sintetizá-las da seguinte forma:

- (i) empresa estrangeira (integrante do “grupo vendedor” – Algar) constitui uma *holding* no Brasil (no caso a IPÊ) e integraliza nesta as ações de sua empresa operacional (a TESS).
- (ii) em paralelo, empresa estrangeira (integrante do “grupo adquirente” – Telecom Americas) possui uma *holding* no Brasil (a TAB), na qual aporta recursos.
- (iii) então, a *holding* brasileira do “grupo adquirente” (a TAB) se torna acionista da *holding* brasileira constituída pelo “grupo vendedor” (a IPÊ) para, em seguida, o acionista brasileiro do “grupo vendedor” (a Algar Empreendimentos) desta (IPÊ) se retira -- esta operação, conhecida como “casa-separa”, envolveu o registro de parte do investimento feito pelo adquirente como reserva de ágio (e não capital social), o que levou à diluição da participação do acionista original; além disso, porque o valor do investimento feito pelo adquirente foi maior do que o valor patrimonial proporcional por ele recebido, foi registrado o ágio de rentabilidade futura discutido nos presentes autos.
- (iv) Como resultado, o “grupo adquirente” passa a controlar a sociedade operacional (a TESS) e o “grupo vendedor” embolsa os recursos originalmente aportados pelo “grupo adquirente” em sua *holding* brasileira.

A autoridade autuante descreve tais operações pretendendo a glosa das despesas de amortização fiscal do ágio de rentabilidade futura registrado pela TAB. E o faz por sustentar que, em essência, a empresa estrangeira do “grupo adquirente” (a Telecom Américas Ltd) é que foi a real adquirente das ações da sociedade operacional (TESS S.A.).

A ligação entre as sociedades permite o exercício de se tratá-las como integrantes de dois grandes grupos, isto é, o “grupo adquirente” e o “grupo vendedor”. A proximidade das datas entre as operações, basicamente efetuadas em um intervalo de 2 meses, é indicativo de que a sequência de atos possivelmente fez parte de um planejamento único. Tal indicativo é reforçado pelo fato de que, ao final, empresas integrantes do “grupo vendedor” se retiram do

negócio embolsando exatamente, até em centavos, o montante investido por empresa integrante do grupo adquirente (a TAB) na *holding* IPÊ (no caso, R\$ 534.436.398,60).

Diante de tal cenário, cumpre-nos verificar se tal “planejamento” é oponível ao Fisco, isto é, se as autoridades fiscais, para fins de análise dos aspectos tributários das operações em questão, devem tratá-las da forma como foram declaradas pelos sujeitos passivos, ou se há margem para dar-lhes outra qualificação, e qual seria.

Em sua defesa, o sujeito passivo argumenta que a operação foi estruturada não em vista de seus efeitos tributários, mas que as *holdings* envolvidas tinham papel fundamental, haja vista a proibição regulatória quanto à aquisição do controle de empresas brasileiras de telecom por empresas estrangeiras (art. 1º do Decreto nº 2.617/1998), bem como em virtude de restrições previstas no contrato de concessão. Sustenta, ademais, que operação não aconteceu de forma isolada, eis que ao mesmo tempo em que a IPÊ adquiria as ações da TESS detidas pela Algar, estavam sendo negociadas e implementadas outras ações através do qual a Telecom Americas Ltd. também adquiria ações da TESS detidas pelos grupos TELIA e ERILINE (cf. itens 4.2 e 4.3 do TVF).

Este foi, aliás, o principal argumento que levou o voto condutor do acórdão 1301-002.658 a concluir pela legitimidade do ágio registrado pela TAB na aquisição da IPÊ.

No caso, compreendo que há na autuação fiscal fundamentos suficientes nos autos para questionar-se especificamente a operação indicada no item “iii” acima, isto é, o chamado “casa-separa”. Isso porque, na verdade, é difícil imaginar que teria havido, de fato, o estabelecimento de um vínculo societário entre as empresas dos grupos “vendedor” e “adquirente”, eis que, desde o início, a efetivação de atos em sequência visou atingir, como resultado, a compra e venda da participação societária na IPÊ.

Mas não se pode negar que a participação societária negociada – e que gerou o ágio ora questionado -- foi na IPÊ, e que a adquirente de tal investimento foi a TAB.

Ainda que parte dos recursos tenham vindo do exterior, não verifico nos autos elementos para se requalificar fiscalmente quer o passo “i” quer o passo “ii” acima descritos, é dizer, não vejo subsídios suficientes para anular o papel das *holdings* na operação. Pelo contrário, verifico fortes indícios capazes de justificar a sua participação na estrutura praticada, sobretudo considerando as restrições setoriais (legislação brasileira sobre telecomunicações e contrato de concessão, como pontuado pela decisão recorrida). A TAB recebeu os recursos da sua controladora estrangeira e adquiriu de terceiros o investimento que deu origem ao ágio. Não há nos autos nenhuma prova de que os negócios não tenham ocorrido tal como assim declarado.

De se notar que a autoridade autuante em nenhum momento questiona, em termos materiais, a existência das *holdings*, mas apenas busca desconsiderá-las em virtude do panorama de traça, isto é, do “filme” contado.

Não se nega que, sobretudo na análise da legitimidade dos efeitos tributários resultantes de atos praticados em sequência, deve-se, de fato, considerar o “filme” e não os atos individualmente considerados. Não obstante, tal técnica é adotada com o objetivo de se desconsiderar especificamente aqueles atos que, muito embora em tese sejam lícitos, tiveram como um resultado concreto ilegítimo, seja porque seus efeitos acabaram por ser subsequentemente anulados, seja porque o resultado atingido no caso concreto se revelou contrário ao ordenamento, por se revelar um contorno a uma norma que impedia ou obrigava determinado comportamento (norma imperativa).

E, no caso dos autos, somente se cogita de algum resultado (tributário) potencialmente ilegítimo na chamada operação “casa-separa”, que, se analisada em sua essência, de fato parece ter se tratado de uma compra e venda de participação societária. Mas a acusação fiscal não foi por esse caminho. Aqui a acusação foi de que “... *a real adquirente se situa fora do Brasil e, portanto, no caso da Fiscalizada, o ágio não poderia ser aproveitado tributariamente no país, pois não houve a “confusão” patrimonial...*” (trecho da conclusão do TVF).

Nesse ponto, observo que o investimento realizado pelas empresas estrangeiras do “grupo vendedor” e do “grupo adquirente” e suas respectivas *holdings* brasileiras não foi subsequentemente desfeito, nem contornou qualquer norma imperativa – pelo contrário, foi realizado exatamente para garantir a observância à norma que impedia a participação das estrangeiras nas operacionais brasileiras. A se conferir à operação os efeitos tributários pretendidos pela autoridade fiscal, aí sim esta acabará por produzir resultados ilegítimos, já que o tratamento tributário a ela conferido presumirá um contorno a referida norma proibitiva do setor de telecomunicações.

De se notar que o fato de se considerar a operação “casa-separa” praticada nos presentes autos por sua essência significaria necessariamente tratar a operação como uma aquisição, pela TAB, da participação societária na IPÊ, em que aquela pagou pela participação adquirida valor maior do que o patrimônio líquido proporcional recebido em contrapartida.

Neste sentido, a requalificação da operação – de um investimento societário seguido de resgate de ações (“casa-separa”) para uma efetiva compra e venda de participação societária – não tem qualquer influência quanto aos os efeitos tributários do ágio contabilizado pela TAB.

É dizer, da forma como a autoridade fiscal questionou a operação no caso dos autos, no máximo isso significaria verificar a forma como o grupo vendedor tributou o ganho de capital na venda das ações, mas não há subsídios, aqui, para se questionar a mais valia registrada pela TAB na aquisição da participação societária na IPÊ, isto é, o ágio.

Observo que a decisão acima poderia ser substancialmente diferente caso tivesse havido de fato a chamada “transferência do ágio”, isto é, caso a empresa estrangeira tivesse adquirido a operacional brasileira para, em seguida, aportar as ações dessa operacional, com ágio, em uma *holding* brasileira e, então, fazer a operacional incorporar tal *holding* brasileira -- caso julgado nos autos do processo administrativo 16643.000144/2010-11. Destaco, referente a tal processo, trecho do voto do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo no acórdão 9101-002.963, julgado em 04 de julho de 2017:

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pelo SANTANDER HISPANO, das ações do BANESPA, no leilão público (20/11/2000) e na Oferta Pública de Ações (28/12/2000). Destas operações, resultou o registro de ágio no valor de R\$7,46 bilhões (R\$9,57 bilhões pagos pela aquisição das ações R\$ 2,11 bilhões de valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial). Ocorre que tal ágio foi registrado na contabilidade da empresa espanhola.

Fosse o SANTANDER HISPANO uma pessoa jurídica sediada no Brasil, submetida à legislação tributária brasileira, ela poderia fazer jus à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio de R\$7,46 bilhões se viesse a incorporar o BANESPA e atendessem também às demais condições exigidas legalmente.

Como não havia essa possibilidade, o grupo Santander promoveu a “internalização” do ágio em território brasileiro, por meio da integralização de aumento do capital social da SANTANDER HOLDING, em 29/05/2001. Foi realizada a entrega das ações do

BANESPA pelo SANTANDER HISPANO, pelos exatos valores que constavam da contabilidade do banco espanhol.

Assim, a SANTANDER HOLDING passou a possuir, em sua contabilidade, o ágio de R\$7,46 bilhões associado às ações do BANESPA, registradas por R\$2,11 bilhões. O próprio recorrente afirma, tanto em seu recurso especial quanto em manifestações anteriores, que foi este ágio, criado em 29/05/2001, que posteriormente foi utilizado na redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e não aquele que constava na contabilidade do SANTANDER HISPANO já no ano 2000.

Conforme já foi narrado, a SANTANDER HOLDING foi incorporada pelo BANESPA em 30/07/2001. Julgando fazer jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999), o BANESPA passou a reduzir seu lucro líquido. Posteriormente, com a incorporação do BANESPA pelo recorrente em 31/08/2006, este continuou a utilizar o saldo remanescente do ágio para reduzir suas bases tributáveis.

Ocorre que nem o BANESPA (conforme já foi reconhecido nos autos do processo nº 16561.000222/2008-72) nem o recorrente poderiam ter utilizado o ágio registrado originalmente na SANTANDER HOLDING para fins de deduzir as despesas decorrentes de sua amortização.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

(...)

Neste sentido, oriento meu voto para dar provimento ao recurso especial também quanto ao ágio objeto do item 4.1 do TVF.

São essas as razões pelas quais, acompanhando o i. Relator, orientei meu voto para conhecer e dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

As matérias mantidas pelo acórdão recorrido e objeto recurso especial da contribuinte estão relacionadas às glosas de amortização ágio apontadas nos subitens 3.3, 3.4 e 4.1 do Termo de Verificação Fiscal – TVF.

O d. conselheiro relator votou por dar provimento ao recurso especial.

Ao exame dos autos, após pedido e vista, entendo que está correta a conclusão do d. relator pelos fundamentos que passo a expor.

As parcelas de ágio glosadas referem-se às aquisições de participações societárias da empresa operacional Algar Telecom Leste – ATL (detidas no momento das transações pelas holdings nacionais Sândalo e ATL Participações) por intermédio da empresa holding SBCI

Brasil Participações e da empresa operacional TESS (detida pela empresa IPE Participações), realizada por intermédio da holding Telecom Américas Brasil Ltda.-TAB.

A acusação fiscal, referendada pelo acórdão recorrido, é no sentido de que as empresas holdings mencionadas foram criadas no país apenas para receber os recursos a serem repassados aos vendedores das participações.

Assim, não teriam propósito negocial outro que não a amortização dos ágios que seriam pagos nas operações. Seriam meras empresas veículo das reais adquirentes do investimento no exterior. Em consequência, não teria havido a confusão patrimonial entre investidora e investida que permitisse a amortização fiscal do ágio, nos termos da legislação.

Entendo que estas operações devem ser analisadas no contexto global das aquisições das participações societárias realizadas pelo grupo Telecom Américas/América Movil com vistas a sua atuação no serviço de telefonia móvel/celular no país; movimento este iniciado no final da década de 1980, junto a diversas empresas detentoras das concessões regionais desses serviços no país. Entre elas, as que detinham as participações das empresas concessionárias Algar Telecom Ltda – ATL e TESS S/A.

Nesse contexto, verifica-se que as empresas holdings criadas para realizar o investimento fizeram diversos aportes nas empresas operacionais a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC, após a aquisição dessas participações. Estas operações visavam capitalizar as empresas operacionais com vistas a ampliação e desenvolvimento da estrutura dos serviços.

Segundo alegado pela fiscalizada à fiscalização e nas suas peças impugnatórias e recursais esses aportes por meio de AFAC's foram realizados desta forma tendo em vista à restrição de vendas das participações por parte da Anatel em face do prazo mínimo de manutenção das concessões e da vedação de controle direto dessas empresas operacionais por empresas situadas no exterior.

O acórdão paradigma trazido pela recorrente (1301-02.658), que analisa as mesmas operações societárias e as glosas efetuadas em relação ao ano-calendário 2013, traz dois quadros que resumem de forma didática o conjunto de operações, em ordem cronológica, efetuadas pelas empresas que antecederam a ora recorrente na estrutura societária (antes das incorporações que resultaram no aproveitamento do ágio).

Vale a sua reprodução aqui:

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

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

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

1998	Constituição da ATL Algar Telecom Leste S/A
08 02 2002	A AM Latin América, LLC se retira da Johi, transferindo sua única cota para Alberto de Orleans e Bragança
08 02 2002	Williams International ATL Limited alterou a sua denominação social para Johi Holdco Limited
26 03 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
27 03 2002	A Telecom Américas Ltd. inicia seus investimentos na TESS S/A através da capitalização da Telecom Americas Brasil (TAB) Os recursos são imediatamente repassados para ATL por meio de AFACs (ver fls.1673)
13 06 2002	A Telecom Américas Ltd. ingressa no na Johi integralizando R\$ 843 277 565,00
13 06 2002	O sócio Alberto de Orleans e Bragança transfere sua cota da Johi Representações para a Johi Holdco Limited
13 06 2002	Johi efetua AFAC na ATL
18 06 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
28 06 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
28 06 2002	Johi efetua AFAC na ATL
29 07 2002	TAB efetua AFAC para a TESS
03 09 2002	Johi efetua AFAC na ATL
10 10 2002	Johi efetua AFAC na ATL
30 10 2002	Johi efetua AFAC na ATL
13 11 2002	Johi efetua AFAC na ATL
19 05 2003	TAB efetua AFAC para a TESS
20 05 2003	Johi efetua AFAC na ATL
25 05 2003	Johi efetua AFAC na ATL
13 11 2003	Anatel concedeu anuência prévia para que a Telecom Américas adquire o controle da TESS
13 11 2003	Anatel concedeu anuência prévia para que a Telecom Américas adquire o controle da ATL - Com isso a SBCI Participações adquiriu o controle da ATL Participações e, em decorrência, da ATL
14 11 2003	Transferência da totalidade das ações representativas do capital social da Claro S.A. (antiga BCP S/A) transferida para a América Móvil S/A (México)
27 11 2003	A Telecom Américas Ltd. adquiriu as cotas da ATL Telecom Leste detidas pela SBCI International Brasil Holdings e AM Latin Americas, LLC (Telmax Wireless Brasil, LLC)
31 12 2003	Incorporação da Algar Administradora de Sistemas Ópticos pela SBCI Participações (devedora incorpora a credora - NP de 268 963 927,33)
15 03 2004	TAB efetua AFAC para a TESS
30 03 2004	TAB efetua AFAC para a TESS
25 06 2004	Johi efetua AFAC na ATL
30 06 2004	Johi efetua AFAC na ATL
15 07 2004	Johi efetua AFAC na ATL
27 09 2004	TEL Holdings International foi incorporada pela Telecom Américas Investments. Ltd (TAIL)
27 09 2004	Constituição da Claro Telecom Participações S/A para concentrar os investimentos do grupo no Brasil - Acionistas Telecom Américas Ltd (Bermudas) 99% Capital, e AM Latin América LLC (Delaware)
30 09 2004	A Johi exerceu o direito de capitalizar os AFACs na ATL (R\$ 1.681.140.600,00) - registrando um ágio de R\$ 814.559.582,00, posteriormente alterado para R\$ 903.231.375,97
30 09 2004	A Sândalo exerceu o direito de capitalizar os AFACs na ATL (R\$ 891.710.680,00) - Registrou um ágio de R\$ 394.204.267,00, alterado posteriormente para R\$ 479 091 708,44
26 10 2004	Por meio de aumento de capital, conforme abaixo, todas as empresas do grupo foram levadas ao abrigo da Claro Telecom Participações S/A, que foi constituída para abrigar os

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

O acórdão paradigma também traz uma síntese bastante objetiva dos argumentos da recorrente, *verbis*:

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

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

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

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

Com relação ALT, o processo de aquisição se deu em forma similar ao da TESS, que após diversas operações realizadas nos anos de 1999 a 2000, seu capital social resultou

segregado entre as empresas Algar Telecom Participações (ALT Participações), controlada pela Algar, Sândalo e Johi e Williams International Alt Limited.

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

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

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

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

[...]

Observando as decisões cotejadas verifica-se que tanto o colegiado *a quo* quanto o que proferiu o acórdão paradigmático entenderam como válidas as amortizações de ágio decorrentes da capitalização dos AFAC's realizados pelas holdings nas empresas operacionais ATL e TESS, embora tais recursos também tenham sido originários de aportes diretos feitos nessas holdings por suas controladoras no exterior (Vide: - Ágio da Johi relativo aos AFACs para a ATL - subitem 3.2 do TVF; Ágio da Sândalo decorrente da capitalização dos AFACs na ATL Algar Telecom Leste S.A. - subitem 3.5 do TVF; e Ágio na TAB decorrente da capitalização dos AFACs na TESS subitem 4.4 do TVF)

No entanto, enquanto o acórdão paradigma também entendeu válida a amortização do ágio decorrente da aquisição das participações originárias de TESS e ATL por meio das holdings brasileiras SBCI e TAB, o acórdão recorrido reprovou tais operações e entendeu que não poderiam ser amortizáveis pela ausência de efetivo propósito negocial dessas holdings e ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e investida.

Ora, a meu ver, tal entendimento revela-se contraditório. Como se admitir o propósito negocial na existência dessas holdings com relação aos AFAC's feitos posteriormente à aquisição das participações e não admitir o aporte feito na aquisição da participação original se ambos tiveram seus recursos originados das empresas controladoras no exterior?

É certo que estas parcelas do ágio relativas aos AFAC's não estão em discussão neste momento processual, sendo mera digressão, portanto.

O objetivo desse registro, no entanto, é apontar que não é possível isolar cada operação da estrutura negocial realizada ao longo de vários anos. Foram diversas operações envolvendo as empresas holding e operacionais, iniciadas no final do ano 1999 e concluídas no final de 2004, nas quais ocorreram diversos aporte financeiros e reestruturações societárias nas

empresas envolvidas que só foram extintas com a consolidação das diversas aquisições das empresas operacionais pelo grupo empresarial, na ora recorrente.

O colegiado recorrido, analisando isoladamente cada uma das operações, ora objeto do recurso especial, entendeu que não houve a necessária confusão patrimonial entre as empresas investidora e a investidas, já que os reais adquirentes seria empresas situadas no exterior que não participaram diretamente do processo de incorporação, como se colhe dos seguintes excertos do voto vencedor, *verbis*:

➤ **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

[...]

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

[...]

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 artifícios que, ainda que formalmente corretos, visem obter vantagens que a lei não permite.

[...]

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.

➤ **Item 3.4 do TVF**

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

[...]

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.

➤ **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.

[...]

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.(exLightel) 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 impositivas 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 artifícios 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.

[...]

Já o colegiado que proferiu o acórdão paradigma, examinando as mesmas operações entendeu que existiam razões regulatórias para a estruturação dos negócios tal como se deram as operações e que não havendo questionamentos aos ágios gerados em operações entre partes independentes, não haveria óbice à sua amortização, conforme se colhe dos seguintes excertos do voto:

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

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.(exLightel) alienou parte das ações que ela detinha na TESS S.A. para a Telecom Américas Ltda., utilizando a Ipê Participações S.A. e a Telecom Américas Brasil Ltda. – TAB como canais de trânsito.

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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 negocial, eis que considerou os reais adquirentes a SBC Internacional Brasil Holding (Ilhas Cayman) e a Telmex Wireless Brasil LLC (Delaware). (artigo 386 do RIR/99).

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

[...]

Por sua vez, no tocante ao ágio R\$ 284.579.871,17 gerado pela Nota Promissória de R\$ 322.759.311,17, entendo que o entendimento fiscal não deve prosperar. Isso porque a operação referente a nota promissória de R\$ 322.759.311,17, seu deu por meio de partes não relacionadas, isto é, grupos distintos grupo Algar e o SCBI (grupo Telecom Américas).

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

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

2.3 Ágio SBCI Participações (item 3.4 do TVF)

[...]

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

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

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

[...]

Entendo que a duração das empresas holdings constituídas pelas controladoras no exterior e a série de operações subsequentes (AFACs) visando à capitalização das empresas operacionais adquiridas depõem a favor da contribuinte no sentido da existência de propósito negocial das mesmas, principalmente em face dos óbices regulatórios que impediam e ainda impedem o controle direto por empresas estrangeiras das empresas de telefonia no país.

É certo que os recursos para o investimentos feitos na compra e capitalização das operadoras de telefonia provieram das controladoras no exterior, mas entendo que a criação e capitalização de uma holding no país, considerando a complexidade dos investimentos feitos revela-se completamente razoável no contexto da aquisição de diversas operadoras regionais de telefonia móvel/celular que culminaram na sua reunião em uma única empresa, após vários anos de investimentos.

Não tem razão a Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões quando aponta que as restrições regulatórias apontadas pela recorrente não seriam um óbice às

aquisições das companhias diretamente, uma vez que não estariam adquirindo o controle das empresas operacionais naquelas aquisições.

Tal argumento é verdadeiro quando analisada cada aquisição isoladamente, mas o que se observa é que ocorreram diversas aquisições de grupos diferentes visando a obtenção do controle das empresas adquiridas, como é o caso da aquisição das participações da empresa ATL pela empresa Sândalo⁴⁸.

O que se verifica no exame em conjunto das operações é que, efetivamente, houve a aquisição do controle das empresas operacionais pelo grupo estrangeiro, que ao final restaram consolidados na empresa recorrente.

É evidente que a empresa tinha interesse fiscal na amortização do ágio gerado, mas este não parece ser o único motivo, nem o preponderante quando analisadas todas as operações que culminaram na incorporação de todas as holdings e empresas operacionais em uma única companhia operacional.

A recorrente destaca, ainda, que se fosse unicamente fiscal o interesse na incorporação das companhias adquiridas, poderia sido seletiva e não teria incorporado de imediato algumas delas que tinham prejuízos fiscais a compensar e deixaram de ser aproveitados com a incorporação reversa.

Observo, também, que a fiscalização não tratou os negócios como simulados, mas apenas apontou que as reais adquirentes eram as empresas situadas no exterior e que, portanto, não houve a confusão patrimonial entre investidoras e investidas.

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

⁴⁸ Sustenta a PFN em suas contrarrazões:

Assim, como no caso da TESS, a recorrente alega em sua defesa que a estrutura de aquisição decorreu, eminentemente, de questões regulatórias, em particular a proibição à época existente de que empresas estrangeiras detivessem o controle das operadoras detentoras das concessões ou autorizações de serviços de telefonia. Tal vedação vinha consignada no Decreto 2.617/98, nos seguintes termos:

[...]

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 oncessionária. 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.

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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 subseqüentes 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).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

Embora considere que a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, conflita com princípios de justiça fiscal e da isonomia em face dos demais contribuintes, e, ainda, que não se justifica tal incentivo tanto do ponto de vista da política fiscal quanto do ponto de vista econômico, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser respeitada pelo Fisco, quando preenchidos os requisitos legais.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado