



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720702/2020-73
ACÓRDÃO	1301-007.706 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. TERCEIRA EMPRESA REAL ADQUIRENTE. USO ABUSIVO DE FIGURAS TÍPICAS DE DIREITO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA.

Não é possível a amortização de ágio pago, quando configurado nos autos a utilização abusiva de empresas veículos com objetivo fazer crer que essas empresas, ao final do conjunto de operações, eram as reais adquirentes, com o único propósito de aparentar artificialmente legitimidade às despesas com amortização de ágio. O conjunto de operações, embora existentes e válidos, seus efeitos são inoponíveis ao Fisco.

Demonstrado que a empresa veículo se reveste das características das denominadas *conduit companie*, isto é, tão-somente um registro cadastral junto à Administração Tributária sem nenhuma capacidade operacional, ainda que como holding, tais como existência efêmera, que se traduziam em apenas um registro no CNPJ para onde o real adquirente direciona os recursos financeiros para liquidar a operação de aquisição de ações e que, após a operação, foram objeto de incorporação reversa.

O conjunto de negócios jurídicos, resultado do abuso de figuras típicas de direito, que busca simular o real adquirente para, de forma artificial, fazer crer que o ágio gerado na operação se subsume à hipótese do art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, é inoponível ao Fisco.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2015, 2016

APLICAÇÃO DO ART. 24 DA LINDB. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 24 da LINDB não se aplica ao Processo Administrativo Fiscal (Súmula CARF nº 169).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que lhe davam provimento.

Sala de Sessões, em 12 de dezembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Iágaro Jung Martins – Relator

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luís Ângelo Carneiro Baptista (substituto integral), Eduardo Monteiro Cardoso, Eduarda Lacerda Kanieski, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ01, que julgou improcedente a impugnação contra Auto de Infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativo ao ano-calendário 2015 e 2016, no valor total de R\$ 32.801.855,27 e R\$ 11.808.667,87, respectivamente, com imputação de multa ofício ordinária (75%).
2. A autuação tem como motivação os seguintes fatos, glosa de despesas com amortização de ágio, conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 21/82):
 - 2.1. Conforme TVF, as seguintes operações resultaram no ágio amortizado:

Evento 1: Em março de 2011, Portugal Telecon (PT SGPS) adquiriu uma subsidiária brasileira, Bratel Brasil S/A (BRATEL), de expressiva participação em empresas que controlavam as operações do Grupo Oi.

Evento 2: Em 28.07.2010, ainda em momento anterior à constituição da BRATEL, a TMA PART divulgou a celebração de termo de intenções entre a PT SGPS e os dois principais acionistas da TMAR PART (AG Telecom Participações S/A e LFT EL S/A), nesse documento são divulgados investimentos, que representariam uma parceria estratégica entre a PT SGPS e as empresas do Grupo Oi. Essa aliança que tinha por objetivo o desenvolvimento de um projeto luso-brasileiro de telecomunicações com projeção global, consistia numa participação direta e indireta da investidora de cerca de 22,4% do capital da TELEMAR, com a seguinte composição: (i) aquisição de participação societária minoritária no capital da AG e da LF; (ii) aquisição de participações societárias diretas na TMAR PART; (iii) aumento de capital social da TMAR PART; (iv) aumento de capital na TNL PART e (v) aumento de capital na TELEMAR

Evento 3: Em 18.08.2010, a operação de concentração foi submetida ao órgão regulador, no qual constava como requerente a Portugal Telecom SGPS. Essa petição é anterior a constituição da BRATEL, de tal forma que, de acordo com a Autoridade Fiscal, a real adquirente é a PT SGPS.

Evento 4: Em 29.10.2010, é constituída a BRATEL com capital subscrito de R\$ 10 mil, cujos sócios eram Bratel B.V. (99%) e CVTEL B.V.(1%), com sede em Amsterdã, ambas sob controle indireto da PT SGPS.

Evento 5: Em 07.01.2011, é aprovado aumento de capital na BRATEL.

Evento 6: Em 25.01.2011, PT SGPS informa ser a responsável pelo custeio das operações de investimento, a partir de investimento direto e indireto na TMAR no valor total de R\$ 8,3 bilhões.

Evento 7: Em 25.01.2011, são assinados os contratos de compra e venda e de subscrição de ações. Destaca a Autoridade Fiscal que a BRATEL, sociedade recém-formada, não tinha capacidade financeira para a realização dos investimentos, pois não tinha sequer sido capitalizada. Além disso, nos contratos celebrados nas operações, BRATEL é sempre denominada

como Portugal Telecom, que consta como interveniente e como responsável solidária pelas obrigações assumidas pela BRATEL, confundindo-se com aquela.

Evento 8: Em 28.03.2011, PT SGPS comunica ao mercado português da conclusão da transação com o Grupo Oi.

Evento 9: Em 31.03.2011, implementação dos investimentos pela PT SGPS no Grupo Oi, mediante aquisição das ações de PASA (R\$ 1.582.142.517,23), de EDSP (R\$ 1.582.142.516,70), TMAR PART (R\$ 1.909.880.557,54), de TNL PART (R\$ 1.599.999.988,73) e TELEMAR (R\$ 1.646.834.329,14)

Evento 10: Em 28.04.2011, emissão dos laudos de avaliação com projeção de rentabilidade futura após a aquisição das participações, conforme o seguinte quadro:

Investida	Participação Adquirida	PL Investida	Valor Pago	Desdobramento PL	Desdobramento Ágio/Deságio
PASA	35,0000%	1.141.218.301,71	1.582.142.516,70	399.426.405,60	1.182.716.111,10
EDSP	35,0000%	1.033.829.122,52	1.582.142.516,70	361.840.192,88	1.220.302.323,82
TMAR PART	12,0695%	1.477.900.120,42	1.909.880.557,54	178.375.155,03	1.731.505.402,51
TNL PART	10,4927%	13.585.526.224,53	1.599.999.988,73	1.425.488.510,16	174.511.478,57
TELEMAR	9,4390%	20.618.681.020,02	1.646.834.329,14	1.946.197.301,48	-299.362.972,34

Evento 11: Em 27.02.2012, reorganização societária para unificação das bases acionárias da Oi.

Evento 12: Em 31.05.2012, PT SGPS comunica ao mercado português da aquisição da Telemar de 10% do seu capital votante.

Evento 13: Em 31.03.2015, divulgação ao mercado de reestruturação societária do Grupo Oi.

Evento 14: Em 01.09.2015, simplificação da estrutura acionária da Oi.

2.2. Destaca a Autoridade Lançadora que a BRATEL não teve empregados, a exceção dos diretores.

2.3. O ágio amortizado, embora efetivamente pago para aquisição de participação societária e transferido à Recorrente via incorporação da TMAR PART, ocorrido em 01.09.2015,

que na mesma data, incorporou a empresa BRATEL, sociedade onde o ágio encontrava-se registrado, foi pago pela PT SGPS. As parcelas de ágio amortizadas podem ser assim discriminadas:

Adquirente	Adquirida	Ágio Apurado	Prazo Amort. (meses)	Exclusão Mensal	Total 2016
BRATEL	PASA	1.182.716.111,10	180	6.570.645,06	78.847.740,74
	EDSP	1.220.302.323,82	180	6.779.457,35	81.353.488,25
	TMAR PART	1.731.505.402,51	192	9.018.257,30	108.219.087,66
	TNL PART	174.511.478,57	60	339.327,87	4.071.934,50
TOTAL				22.707.687,60	272.492.251,15

Adquirida	Perc. Adquirido	Valor Pago	Participação PL	Ágio
PASA	35,0000%	1.582.142.516,70	380.121.114,92	1.202.021.401,78
EDSP	35,0000%	1.582.142.516,70	369.692.661,98	1.212.449.854,72
TMAR PART	12,0695%	1.909.880.557,54	178.797.336,88	1.731.083.220,66
TNL PART	10,4927%	1.599.999.988,73	1.425.469.754,03	174.530.234,70

2.4. Conforme consignado no TVF, BRATEL foi constituída após as tratativas entre a PT SGPS e o grupo Oi e seus acionistas controladores, com a finalidade de ser um veículo para realização dos investimentos, buscando fugir da impossibilidade de “internalizar” o ágio pago pela sociedade estrangeira (PT SGPS). Mas todo o investimento e os riscos dele decorrentes foram suportados pela PT SGPS, que aportou os recursos financeiros.

2.5. Mesmo após a reestruturação societária em 2015, não ocorreu a confusão patrimonial entre o real investidor (PT SGPS) e investida (Oi).

2.6. As exclusões a título de amortização de ágio ocorreram conforme o seguinte quadro:

Período da Escrituração: 02/09/2015 a 31/12/2015		
	Código/Descrição da Conta:	Crédito
Parte B	23296 Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - EDSP75	R\$ 26.282.580,25
	23297 Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - PASA	R\$ 27.117.829,42
	23298 Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - Tmar Part	R\$ 36.073.029,22
	23299 Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - TNL Part (Oi S.A)	R\$ 1.357.311,50
Período da Escrituração: 01/01/2016 a 31/12/2016		
	Código/Descrição da Conta:	Crédito
Parte B	23296 Ágio - Incorp TMAR PART	R\$ 272.492.251,15

3. Em impugnação (fls. 1.715/1.744), o sujeito passivo alegou que inexistia óbice legal que impeça a amortização de ágio decorrente da incorporação de empresa constituída como mecanismo viabilizador de investimento estrangeiro no Brasil; que o CARF admite a utilização de empresa veículo; .que as aquisições de participação societária que gerou o ágio ocorreram nos três primeiros meses de 2011 e a incorporação que autorizou a sua amortização para fins fiscais ocorreu em 201, dessa forma não se aplicam ao presente caso as alterações promovidas pela Lei nº 12.973, de 2014, que Bratel Brasil adquiriu participações societárias em diversas empresas do Grupo Oi com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura e posteriormente, houve a incorporação da Bratel Brasil pela Telemar Participações S.A.; que não houve acusação de simulação e dessa forma, a BRATEL é a investidora real; subsidiariamente, que o ágio formado em operações envolvendo investidor de fato situado no exterior e utilização de empresa veículo na época dos fatos era aceita pelo CARF e por essa razão deve ser aplicado o art. 24 da Lei de Introdução da Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

4. A DRJ julgou improcedente a impugnação (fls. 1.906/1.944). Entendeu que a real adquirente das empresas Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART), foi Portugal Telecom (PT SGPS) e que a empresa Bratel Brasil S.A. serviu como mera empresa veículo, sem capacidade operacional, para repasse dos recursos destinados aos alienantes, isto é, BRATEL é interposta pessoa da real adquirente não residente. Que a operação não observou o art. 386 do então Regulamento do Imposto sobre a Renda, Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), que tem como requisito o aspecto pessoal, isto é, uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A referida decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

ÁGIO GERADO EM OPERAÇÃO ENVOLVENDO EMPRESA DO EXTERIOR.
IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas internamente, que adquirem investimentos com ágio. A extensão ao alcance das regras fiscais a reais adquirentes domiciliados no exterior (investidora real) deve ser afastada pela fiscalização e o ágio amortizado deve ser objeto de glosa fiscal.

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.

A autorização de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição; não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a "empresa veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.

5. Em Recurso Voluntário (fls. 1.957/1.985), a Recorrente, repisa as alegações da impugnação, em especial, de que o único vício apontado pela autoridade fiscal foi a origem dos recursos, vale dizer, a criação de empresa veículo para receber recursos do exterior; que inexistia óbice legal que impeça a amortização de ágio decorrente da incorporação de empresa constituída como mecanismo viabilizador de investimento estrangeiro no Brasil; que o auto de infração vai de encontro à jurisprudência do CARF que entende que a utilização de empresa veículo, por si só, não impede a amortização fiscal do ágio; que embora o voto vencido tenha reconhecido a legitimidade da operação, a posição da turma, consignada no voto vencedor, é de que seria imprescindível ocorrer a "confusão patrimonial" entre a "investidora de fato" (origem dos recursos) e a sociedade investida; que a operação ocorreu antes da edição da Lei nº 12.973, de 2014; que o TVF reconheceu que ocorreu pagamento de ágio entre as partes não relacionadas; que, conforme voto vencido, *"Trata-se de rotundo equívoco da Fiscalização, pois não há norma legal que suporte a desconsideração da personalidade jurídica da Bratel Brasil S.A. pela Fiscalização no presente caso, pois é isso que a Fiscalização, na prática, fez."* e *"até por falta de acusação em sentido contrário, temos que considerar lícitos os atos de constituição da Bratel e também os negócios jurídicos celebrados por ela na aquisição das retro citadas participações societárias"*; que inexistia exigência legal de que o ônus econômico do investimento tenha sido suportado por uma empresa residente

no Brasil; a prevalecer o entendimento da decisão de primeira instância nenhuma sociedade seria a real adquirente de um investimento, pois qualquer sociedade, sem exceção, para passar existir, depende de outra pessoa (natural ou jurídica) para integralizar o seu capital; que a BRATEL já era juridicamente titular de capital social de quase R\$ 7 bilhões, valor suficiente para garantir as operações; que a acusação é insubsistente sob a ótica econômica porque os recursos têm origem estrangeira, que é mais desejável que os efeitos permutativos decorrentes de mera realocação de recursos já investidos no Brasil; que inexistente ilegalidade no uso de empresa-veículo e o CARF reconhece essa legalidade; que não foi efetuada acusação formal no TVF de simulação de que a BRATEL não é a real adquirente; subsidiariamente, que o ágio formado em operações envolvendo investidor de fato situado no exterior e utilização de empresa veículo na época dos fatos era aceita pelo CARF e por essa razão deve ser aplicado o art. 24 da LINDB. Ao final, requer, cancelamento do lançamento ou subsidiariamente, a exclusão da multa de ofício e dos juros Selic, nos termos do art. 100, III e parágrafo único do Código Tributário Nacional e do art. 24 da LINDB.

6. É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Iágaro Jung Martins**, Relator

Conhecimento

7. A Recorrente foi cientificada da decisão de primeira instância em 14.04.2021, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fls. 1.953), dessa forma, o Recurso Voluntário juntado aos autos em 14.05.2021, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 1.956), é tempestivo e, por preencher os demais pressupostos processuais, deve ser conhecido.

Mérito

8. O mérito do presente processo versa sobre despesas com amortização de ágio com utilização de empresa veículo.

a) Glosa de ágio

9. Conforme relatado, a Recorrente defende o ativo fiscal amortizável sob entendimento de que inexistente ilegalidade no uso de empresa-veículo para receber recursos do exterior e o CARF reconhece essa legalidade.

10. Conforme relatado, Portugal Telecom (PT SGPS), em 28.07.2010, ainda em momento anterior à constituição da BRATEL, a TMA PART divulgou a celebração de termo de intenções entre a PT SGPS e os dois principais acionistas da TMAR PART (AG Telecom Participações S/A e LFT EL S/A), nesse documento são divulgados investimentos, que representariam uma parceria estratégica entre a PT SGPS e as empresas do Grupo Oi. Após o entendimento entre os grupos econômicos português e brasileiro, em 29.10.2010, foi criada a BRATEL, empresa sem capacidade operacional, que recebeu os aportes financeiros que foram repassados aos alienantes que detinham as participações no Grupo Oi.

11. Aduz que, em razão das decisões do CARF autorizar a utilização de empresas veículos, a autuação e a decisão de primeira instância ofenderam o art. 146 do Código Tributário Nacional e o art. 24 da LINDB.

12. A amortização do ágio tem disciplinamento na Lei nº 9.532, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

13. Em 2012, quando ocorreram as reorganizações societárias para unificação das bases acionárias da Recorrente, vigia a redação original do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, que posteriormente foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. Um aspecto fundamental sobre os referidos dispositivos legais é de que o ágio passível de ser amortizado é aquele que decorre da aquisição de participação societária (art. 20, caput, do DL nº 1.598, de 1977).

15. É fato incontroverso que a BRATEL serviu exclusivamente como canal de passagem dos recursos utilizados por Portugal Telecom para adquirir participação acionária do Grupo Oi, isto é, essa empresa foi utilizada na operação não apenas para servir como repositório dos recursos financeiros, mas para formalmente figurar como adquirente das participações acionárias e posteriormente ser incorporada pela empresa-objeto (Recorrente), de tal forma a que a mais valia paga pudesse ser amortizada como ágio com base em rentabilidade futura.

16. A empresa BRATEL, adquirente formal, é exemplo clássico das denominadas *conduit companies*, isto é, tão-somente um registro cadastral junto à Administração Tributária sem nenhuma capacidade operacional. BRATEL, nada mais foi durante sua existência, do que CNPJ para onde a real adquirente (Portugal Telecom) direcionou os recursos financeiros para liquidar a operação de aquisição de ações e que, após a operação, foi objeto de incorporação reversa.

17. O conjunto de negócios jurídicos buscou simular de forma artificial que o ágio gerado na operação se subsume à hipótese do art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

18. Em precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é possível identificar a diferença entre empresa veículo ou *conduit companie*, cuja característica é ser tão-somente um CNPJ sem capacidade operacional, que figura formalmente como adquirente, na qual o real adquirente aporta os recursos financeiros destinados a liquidar investimento para, no passo seguinte, ser incorporada pela empresa objeto, que, por sua vez, passa a ser controlada pelo real adquirente, ainda que de forma indireta.

19. Essas pessoas jurídicas, embora se apresentem perante ao Fisco como adquirente, com esse não se confundem e, com isso, não atendem o caráter subjetivo da norma, pois são apenas como canal de passagem dos recursos,

20. Nessa linha, cita-se os seguintes julgados da CSRF em que ficou evidenciado que a adquirente nada mais era do que uma *conduit companie*, destinada, de forma artificial, a criar hipótese para fruição do ágio:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 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.

(Acórdão nº 9101-002.213, relator Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 03.02.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é 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, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os 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).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

(Acórdão nº 9101-002.304, relator André Mendes Moura, sessão de 06.04.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

(Acórdão nº 9101002.428, relator Rafael Vidal de Araújo, sessão de 18.08.2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

(Acórdão nº 9101-002.962, relatora Adriana Gomes Rego, sessão de 04.07.2017)

21. O ponto comum desses julgados é a existência apenas formal da empresa adquirente, não raras vezes, sem capacidade operacional. Importante destacar nesses julgados, que até mesmo uma *holding* demanda atividades típicas, tais como registros contábeis de algumas operações e desempenho de atividade típicas dessas sociedades.

22. Como sobejamente demonstrado pelo Fisco, BRATEL é um nada sob o aspecto operacional e patrimonial à exceção de ter servido como canal de recursos financeiros entre a Portugal Telecom e os então acionistas da Recorrente. Excluído o repasse de recursos financeiros, é patente a ausência de disponibilidade de recursos por parte da BRATEL. Sua inexistência efetiva antes e depois da operação que gerou o ágio não deixam dúvidas que a utilização dessa entidade de passagem se traduz em uma opção ilegítima e não amparada em lei para geração de ágio passível de amortização para fins fiscais.

23. Sobre essa diferenciação, em especial sobre a impossibilidade de a empresa veículo se revestir da condição de real adquirente e, por conseguinte, haver subsunção à hipótese do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, pois inexistente o requisito subjetivo da lei, que é a confusão entre os patrimônios entre a investidora e investida, transcreve-se excerto do voto do Acórdão CSRF nº 9101-002.962:

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CSRF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

(...)

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") apontam nesse sentido, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e

parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. Confira-se:

(...)

Mas há também outros elementos indicativos da artificialidade da amortização pretendida.

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

(...)

A destacar também a rapidez com que os recursos chegaram a KORCULA e passaram para os alienantes de ATACADÃO e a existência efêmera da KORCULA:

(...)

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada justificar a existência da KORCULA:

(...)

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arropio do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.

Como bem assinalou o acórdão recorrido, "a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários", não se contestando "os objetivos negociais finais da reorganização", nem se fundando o lançamento fiscal no art. 116, § único do Código Tributário Nacional.

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a holding BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia

o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...)

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

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

24. Diferente, todavia, são os casos em que a real adquirente incorpora ou é objeto de incorporação, conforme recente julgado dessa Turma, Acórdãos nº 1301-006.744 e 1301-006.745, sessão de julgamento em 20.02.2024 (Caso Redecard).

25. No caso concreto, tem-se um conjunto de operações que embora não qualificadas como simuladas pela Autoridade Fiscal revelam o uso abusivo do direito de opções jurídicas válidas ao constituir empresa veículo para que essa figurasse formalmente como adquirente, quando a real adquirente foi a Portugal Telecom.

26. Os casos de planejamento tributário abusivo são caracterizados pela existência de duas premissas. A primeira pela existência de alguma patologia de direito (ato ilícito), como por exemplo a simulação e o abuso de direito e a segunda a inexistência de um propósito negocial, uma razão extratributária ou, para aqueles que pugnam que essa expressão não se encontra

positivada no ordenamento jurídico, que o negócio seja compatível sobre a perspectiva da causa que motivou a celebração do negócio.

27. A importante doutrina desenvolvida pelo Prof. Marco Aurélio Greco, estabelece uma segregação didática sobre três fases para análise do planejamento tributário. Após a edição do Código Civil e dos princípios aplicados ao direito civil, como boa-fé, em consonância com os princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da justiça, o referido doutrinador define essa segunda fase do planejamento tributário, como liberdade relativa. Destaca-se esse novo enfoque de análise:

Embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo aos requisitos da licitude dos meios, previedade em relação ao fato gerador, inexistência de simulação sem distorções ou agressões ao ordenamento), sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto e incontrastável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado¹.

28. Nessa segunda fase do planejamento tributário, a análise passa a se preocupar se o direito foi exercido tal qual originalmente previsto no ordenamento. Prof. Marco Aurélio Greco, explica que essa análise tem amparo no abuso de direito, oriundo do direito civil, “categoria construída para inibir práticas que, embora possam encontrar-se no âmbito da licitude, implicam, no seu resultado, uma distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes”².

29. Nessas situações, o ato abusivo sempre será inoponível ao Fisco.

30. Depois da edição do atual Código Civil em 2002, o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito e a sua existência faz desaparecer um dos requisitos do planejamento tributário, o de estar sustentado em atos lícitos, nesses casos, não se está mais diante de um caso de elisão, mas de evasão.

31. Nessa fase do planejamento tributário, a causa do negócio é fator preponderante, isto é, o negócio deve-se apoiar em situações reais e não exclusivamente fiscais. Se a causa for exclusivamente pagar menos tributos, será abusiva.

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo. Dialética, 2008, p. 468.

² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo. Dialética, 2008, p. 195.

(...) os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato³. (g.n.)

32. Importante destacar que a requalificação dos atos ou negócios não pode ser efetuada pelo Fisco sob o argumento exclusivo da abusividade, caberá ao Fisco o ônus de provar que a finalidade do negócio foi exclusivamente fiscal para que se justifique a requalificação.

33. Pois bem, para que o negócio jurídico (ou conjunto de negócios) seja oponível ao Fisco é necessário que deflua da sua análise a inexistência de qualquer patologia de direito e que se verifique a existência de propósito negocial (ou causa).

34. É exatamente o que não ocorreu no caso concreto, em que a utilização abusiva da empresa veículo (BRATEL) teve como objetivo fazer crer que essa empresa, ao final do conjunto de operações, era a real adquirente, com o único propósito de aparentar artificialmente legitimidade às despesas com amortização de ágio após a incorporação reversa. O conjunto de operações, embora existentes e válidos, seus efeitos são inoponíveis ao Fisco.

35. Destacam-se, ainda, por pertinentes, as argumentações da r. Decisão e que, por força do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, integram o presente voto:

I - DO MÉRITO

Em síntese, a Impugnante (OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) sustenta que deve ser cancelado o auto de infração, pelos seguintes motivos:

1. inexistente óbice legal que impeça a amortização de ágio decorrente da incorporação de empresa constituída como mecanismo viabilizador de investimento estrangeiro no Brasil; e

2. o auto de infração vai de encontro à jurisprudência do CARF que entende que a utilização de empresa veículo, por si só, não impede a amortização fiscal do ágio.

Assim, o ponto central do debate diz respeito à regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Impugnante) de deduzir, nos anos-calendário de 2015 e 2016, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio.

Registra-se que o ágio (sobrepço) em discussão decorre de investimento adquirido pela empresa Bratel Brasil S.A., por ocasião da aquisição de ações de

³ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo. Dialética, 2008, p. 203.

outras empresas no ano de 2011 (31 de março de 2011), que foi originado a partir da consolidação das seguintes participações societárias:

- 35% do capital social da Pasa Participações S.A. (PASA);
- 35% do capital social da EDSP75 Participações S.A (EDSP);
- 12,0695% do capital social da Telemar Participações S.A. (TMAR PART);
- 10,4927% do capital social da Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART).

Consta no relatório deste acórdão que, em todas as aquisições acima referidas, houve o pagamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura; e, em 2011, houve também a aquisição, pela Bratel, de participação na Telemar Norte Leste S.A. (TELEMAR) com deságio.

Percebe-se, por ora, que essas operações retromencionadas representam a primeira etapa da reorganização societária.

Mais um registro, após várias operações de reorganização societária, a ora Impugnante (OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) realizou a incorporação dessas empresas, constituído uma segunda etapa de reorganização societária, nos seguintes termos do voto do julgador, Alberto Pinto S. Jr.:

“d) em assembleias gerais, realizadas em 27 de fevereiro de 2012, os acionistas das companhias Oi (TNL PART, TELEMAR, Coari Participações S.A. e OI - à época denominada Brasil Telecom S.A.) aprovaram uma reorganização societária que compreendeu: (i) a cisão parcial da TELEMAR, com a incorporação da parcela cindida pela Coari; (ii) a incorporação de ações da TELEMAR pela Coari; (iii) a incorporação da Coari pela OI e (iv) a incorporação da TNL pela OI, logo, em virtude disso, ações da TNL PART e Telemar de titularidade da Bratel foram substituídas por ações da OI (observe-se que nesta operação de troca de ações, ao se baixar os investimentos em Telemar e TNL e registrar o investimento recebido na OI - BRT - foram apurados respectivamente, novos deságios e ágios, porém nem o TVF nem a impugnante detalham como se deu a formação de tais valores nessas operações);

e) em 22/07/2015, foram assinados protocolos e justificações de incorporação (a fls. 1330 e segs.) para que:

- a EDSP e a PASA fossem incorporadas pela BRATEL (com essa operação a Bratel poderia começar a amortizar tributariamente os ágios pagos na aquisição de % nessas incorporadas);

- a Bratel fosse incorporada pela TMAR PART (incorporação reversa, logo, a TMAR PART passaria a poder amortizar tributariamente o ágio que a Bratel tinha pago na aquisição de % nela, bem como era sucessora da Bratel no direito de amortizar os ágios pagos na aquisição de % das investidas EDSP e a PASA, incorporadas pela Bratel); e

- a TMAR PART fosse incorporada pela impugnante OI (com essa operação, a OI passou a ser sucessora de todos os direitos da TMAR PART, inclusive de amortizar os ágios acima referidos, mas também, sucessora nas obrigações, inclusive de amortizar o deságio referido nas letras "c" e "d" acima)

f) nos três protocolos, foi estabelecida a data de 31/10/2015, para que estivesse concluída a operação.”

Conclui-se que, na primeira etapa, a Bratel Brasil S.A. adquiriu participações societárias em diversas empresas com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura. E, na segunda etapa, ocorreu a incorporação da Bratel Brasil S.A. pela Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e desta última pela Impugnante (OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), que passou a realizar a amortização do ágio então existente, conforme escrituração fiscal descrita abaixo:

Período da Escrituração: 02/09/2015 a 31/12/2015			
	Código/Descrição da Conta:		Crédito
Parte B	23296	Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - EDSP75	R\$ 26.282.580,25
	23297	Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - PASA	R\$ 27.117.829,42
	23298	Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - Tmar Part	R\$ 36.073.029,22
	23299	Ágio - Incorp TMAR PART - Bratel Brasil - TNL Part (Oi S.A)	R\$ 1.357.311,50
Período da Escrituração: 01/01/2016 a 31/12/2016			
	Código/Descrição da Conta:		Crédito
Parte B	23296	Ágio - Incorp TMAR PART	R\$ 272.492.251,15

Pois bem.

De imediato, observa-se que a análise da amortização do ágio necessariamente pressupõe a verificação do verdadeiro adquirente das ações das seguintes empresas: Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART), que a princípio foram adquiridas pela empresa Bratel Brasil S.A. (investidora).

Deve-se analisar o verdadeiro adquirente das participações societárias, porque o recurso financeiro (sacrifício econômico) para aquisição desses investimentos apenas transitou pela empresa Bratel Brasil S.A. e teve origem no exterior.

Para tanto, o Termo de Verificação Fiscal (fls. 21/82), após mencionar a análise fática da situação das operações realizadas para a aquisição das ações (descritas na sequência de eventos 1 a 13, fls. 35/70), deixa claro que foi a empresa controladora sediada no exterior (empresa sediada em Portugal), a Portugal Telecom SGPS S.A. (PT SGPS), que detinha a motivação para efetuar as operações de aquisição de capital que resultou no pagamento de valor adicional a título de ágio pelo investimento e que, na realidade, foi responsável por todos os dispêndios efetuados em cada operação de aquisição das participações societárias efetivadas em nome da empresa Bratel.

De acordo com o quadro fático descrito nos autos, a empresa Bratel serviu como mera 'empresa veículo'⁴ para efetuar o repasse aos acionistas alienantes das ações e para concretizar a operação de transferência dos recursos financeiros advindos da controladora estrangeira. Isso porque os recursos despendidos na operação de aquisição de capital das empresas Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART) vieram do caixa da controladora estrangeira (Portugal Telecom SGPS S.A. - PT SGPS), os quais alimentaram o caixa da empresa Bratel exclusivamente para viabilizar a aquisição da subscrição de ações empreendidas por essas empresas, e sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação de recursos na Bratel.

Vejamos as operações sequenciais tanto de constituição da empresa Bratel como de aquisição das ações, ambas descritas nos eventos 4 a 10 do TVF:

[...]

Diante desse contexto fático, percebe-se que a empresa BRATEL apenas recebeu os recursos oriundos do exterior, enviados pela sua controladora e imediatamente os transmitiu aos alienantes das ações, por meio de operações que buscaram mascarar a real operação ocorrida. Tentou-se dar uma aparência comercial à interposição desnecessária da 'empresa veículo' BRATEL. Isso significa que a BRATEL atuou apenas como extensão de caixa da controladora internacional, por meio do qual a PT SGPS transferiu durante as operações de subscrição das ações os recursos pagos que foram utilizados para compra das ações das empresas Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A. (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART), com a finalidade de que parecesse que fora a BRATEL, uma sociedade localizada dentro do território brasileiro, a empresa que efetuara o dispêndio financeiro relativo à aquisição do capital.

A sucessão de atos – incluindo a proximidade temporal entre a transferência de valores oriundos do exterior e a realização das operações de aquisição das ações,

⁴ O conceito mais tradicional e amplamente difundido de empresa veículo é ser uma "empresa meramente de papel", uma "casca", ou seja, apenas um registro nos órgãos competentes, sem qualquer atividade de fato, com utilização totalmente artificial para exclusivo fim de economia tributária (Acórdão nº 1401-002.725 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF).

Mas o CARF já foi além desse conceito mais tradicional. No próprio Acórdão nº 1401-002.884 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF, manifestou o seguinte entendimento: "Uma empresa funcionará como veículo em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração efêmera ou não, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Vale dizer: até mesmo uma empresa longeva, operacional e que costuma cumprir suas obrigações, pode ser usada como veículo em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extratributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa-veículo é inócuo comprovar que a referida empresa teve longa duração, era operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, em certa operação, havia um propósito extratributário para ela receber e repassar recursos". Esse acórdão, portanto, altera o cerne sobre o qual tradicionalmente se realiza a análise de uma situação envolvendo empresa veículo: passa da empresa em si para a operação que tenha sido realizada pela empresa.

assim como a criação da 'empresa veículo' em 29/10/2010, com capital social subscrito inicialmente de R\$ 10.000,00, e a data da assinatura dos Contratos de Compra e Venda e de Subscrição de Ações (ANEXOS XII, XIII, XIV e XV), ocorrida em 25/01/2011 –, demonstram que a BRATEL não participou de fato de cada operação e atuou apenas formalmente para a execução da aquisição das ações.

As circunstâncias fáticas dos eventos mencionados no TVF demonstram inclusive que a BRATEL não realizou qualquer atividade operacional de fato, pois, durante seu período de existência formal, não teve empregados e só remunerou apenas dois de seus diretores: (i) Shakhaf Wine, no período de 02 a 05/2014; (ii) e Anna Laura Baraf Svartman, de 11/2014 a 08/2015; conforme comprova sua escritura contábil (ANEXO XXIV traz os Razões com contrapartida da conta Despesas com Pessoal e suas analíticas) em conjunto com as informações prestadas por meio de Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF).

Pelo ponto de vista fático, verifica-se que durante a realização das operações de participação societária (início do ano 2011), que originaram o ágio dentro da BRATEL, não existiu a escrituração contábil de qualquer despesa com pessoal. Diante dessa situação, infere-se que a BRATEL efetivamente não fez os estudos de rentabilidade futura, nem pagou pelos laudos de avaliação dos investimentos, e, por consectário lógico, não desembolsou de fato os recursos para a aquisição das participações societárias.

Portanto, no caso em análise, afastada a 'empresa veículo' BRATEL, surge a verdadeira responsável, a controladora europeia, PT SGPS, que do exterior tentou fabricar um ágio para diminuir a tributação devida em território brasileiro, com efetivo prejuízo a Fazenda Nacional. O investimento do qual resultou o pretense ágio não partiu da empresa interposta na operação, a BRATEL, residente no Brasil. Essa foi apenas a caixa momentânea pela qual o investimento externo transitou. Assim sendo, sua extinção, por meio da segunda etapa de reorganização societária (incorporação pela OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, Impugnante), jamais poderia justificar a amortização de ágio pago efetivamente pela representação da PT SGPS.

Dentro de uma perspectiva jurídica, a respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598/1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei 12.973, de 13/05/2014:

[...]

O retromencionado do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 foi regulamentado pelo art. 385 do RIR/1999, que é basicamente uma cópia daquele artigo. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação

societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos também preveem que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores econômicos: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora (arts. 387 a 389 do RIR/1999).

No caso dos autos, o que interessa mais diretamente são as transformações societárias que aconteceram nas duas etapas de reorganização societária citadas e envolveram as investidoras, as investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF manifestado no Acórdão nº 9101003.395, de 05 de fevereiro de 2018 (Conselheiro André Mendes de Moura):

“Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 consumasse 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 cisão.

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 nº 1.602, de 1997⁵, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 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

⁵ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 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.

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 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 SCHOUERI⁶ 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.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁷:

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 incorporadora (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 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 nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 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.”

Os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do

⁷ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?atSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016. Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

[...]

De acordo com os normativos acima citados, observa-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

E para sua aplicação, o art. 385 do RIR/1999 estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição [§ 1º]. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas) [§ 2º]. Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada [§ 3º].

Já o art. 386 do RIR/1999 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

A norma contida na cabeça do art. 386 do RIR/1999 traz o primeiro requisito (aspecto pessoal da norma de incidência tributária) que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: (i) uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101003.395 do CSRF do CARF, pela assertividade jurídica da análise ali desenvolvida a partir dos ensinamentos estatuídos na teoria da hipótese de incidência tributária do saudoso GERALDO ATALIBA:

“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 ATALIBA⁸.

⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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, fez 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 polo 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 pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (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 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. SCHOUERI⁹, 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

⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Diante desse contexto jurídico, percebe-se que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Noutras palavras, quando ocorre uma operação de incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço (ágio), pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra consubstanciada pelo aspecto pessoal se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco de uma transação econômica).

Nos termos da linguagem jurídica, a situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo inciso II do §6º do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o caput do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, segundo requisito e principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento – assim entendidos os recursos aportados – e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, dentro de uma mesma universalidade patrimonial (bloco de afetação patrimonial universal), consolida-se o cenário no qual a pessoa jurídica detentora do ágio do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Com esse cenário jurídico retromencionado, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999 (vigentes à época de ocorrência do fato gerador), exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na redação estabelecida por estes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão

patrimonial", não há sentido em clamarse pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das ações das empresas Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART), operações que desencadearam o surgimento do ágio e ocorreram em 31 de março de 2011 por meio da empresa BRATEL.

Posteriormente, houve uma segunda etapa de reorganização societária, em que a Impugnante (OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) realizou a incorporação da Telemar Participações S.A. (TMAR PART), sendo que esta última empresa tinha absorvido (por meio de incorporação societária) a BRATEL.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados (sacrifício econômico) na aquisição das participações societárias ensejador do ágio não pertenciam à BRATEL, mas à sua controladora estrangeira (Portugal Telecom SGPS S.A. - PT SGPS), que realizou aportes de recursos para a aquisição das ações originárias do sobrepreço.

Sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária descrita nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, impõe-se reconhecer que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa. Sendo assim, a Impugnante não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização dos ágios oriundos das operações levadas a cabo em 31 de março de 2011.

Isso porque não foi a BRATEL que desembolsou os valores (sacrifício econômico) que deram origem aos ágios contábeis e, com isso, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das ações das empresas Pasa Participações S.A. (PASA), EDSP75 Participações S.A (EDSP), Telemar Participações S.A. (TMAR PART) e Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART), no ano de 2011, saiu dos ativos da real investidora: Portugal Telecom SGPS S.A. (PT SGPS).

A empresa BRATEL, embora conste formalmente como a adquirente das ações, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia à empresa Portugal Telecom SGPS S.A. (PT SGPS) a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição das participações societárias e foi efetivamente esta empresa quem desembolsou recursos para a aquisição das ações ensejadoras do ágio.

A 'empresa veículo' BRATEL, após operações de reorganização societária, tivera seu patrimônio incorporado pela Impugnante em 22/07/2015. A Impugnante, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que a situação da "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou de fato os recursos para a aquisição da participação societária. No caso sob análise, só existe uma real investidora: Portugal Telecom SGPS S.A. (PT SGPS).

Com essa situação acima configurada, a amortização operada pela Impugnante não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato (originária), responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento), ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de "confusão patrimonial" alguma.

Dessa maneira, as alegações da Impugnante não merecem ser acolhidas, pois, em razão da operação encontrada nos presentes autos enquadra-se na situação de ausência dos aspectos pessoal e material, ambos contidos nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, existe óbice legal que impede a amortização de ágio decorrente da incorporação de 'empresa veículo'. (g.n)

36. De fato, é incontroverso que o ágio sob discussão, na perspectiva de mais valia sobre o valor patrimonial das participações societárias adquiridas, foi efetivamente pago e, a partir do laudo de avaliação juntado aos autos, tem como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, todavia apenas essas duas condições não são suficientes para amortização do ágio fiscal, faz-se necessário o caráter subjetivo, que mais tarde, após o evento de incorporação, resulta na confusão dos patrimônios da investidora e investida.

37. As empresas veículo (BRATEL) não foi a real adquirente capaz de atrair a hipótese dos art. 7 e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Como referido, e substancialmente evidenciado, a real adquirente foi a Portugal Telecom.

38. Nunca é demais lembrar que ágio pago por rentabilidade futura (*goodwill*), previsto no art. 20, III, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977¹⁰, até a entrada em vigor dos art. 7º e 8º da Lei nº

¹⁰ Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

9.532, de 1997, tinha como única forma de aproveitamento, o cômputo dessa parcela como custo para fins de apuração do ganho de capital (art. 33 do DL nº1.598, de 1977¹¹), situação em que o investimento permanece no ativo não circulante da real investidora até o momento da alienação.

39. O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, instituiu nova hipótese de amortização de ágio, verdadeiro benefício fiscal ao permitir sua dedução da base de incidência do tributo sem que ocorra a alienação do investimento, desde que o real detentor do investimento incorpore a empresa objeto, registrada como investimento no seu ativo não circulante.

40. Jamais o novo disciplinamento para aproveitamento do ágio autorizou a amortização por aquele que não é o real adquirente, isto é, por aquele que nunca tencionou deter

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 2º - (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13o (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 4º - (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração: (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5o, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

¹¹ Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

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

II - de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

III - (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º - (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 2º Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

a participação acionária no seu ativo circulante, pois a dimensão subjetiva para dedução do ágio, seja como custo (art. 23 do DL nº 1.598, de 1977) ou como amortização (art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997), permanece inalterada.

41. A utilização de empresa veículo é uma forma de burlar a finalidade da norma ao criar uma hipótese artificial e não desejada pelo ordenamento para aproveitamento do ágio e manter segregados os patrimônios das companhias investidora e investida.

42. O que se observa na corrente interpretativa daqueles que admitem o tudo vale na utilização de empresas-casca é o fato de homologarem um artificialismo que afronta a finalidade da lei, pois essa interpretação, com a máxima vênia, resulta em resultado não desejado pelo ordenamento, qual seja: a amortização do ágio e a garantia de que o patrimônio do real investidor não se confunda com o patrimônio da investida, ou seja, permitem o melhor dos dois mundos (tributário e societário).

43. Obviamente, se as operações reais fossem praticadas também no plano formal, o ágio gerado na operação não seria objeto de amortização, posto que a operação nasceu com objetivo de impedir qualquer confusão patrimonial da Recorrente com o patrimônio da Portugal Telecom.

44. Pelas razões expostas, correta a glosa fiscal das despesas com amortização de ágio, pois incorreu a hipótese dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

b) Argumento subsidiários e aplicação do art. 24 da LINDB

45. A Recorrente pugna subsidiariamente, que o ágio formado em operações envolvendo investidor de fato situado no exterior e utilização de empresa veículo na época dos fatos era aceita pelo CARF e por essa razão deve ser aplicado o art. 24 da LINDB, para, como isso, requerer a exclusão da multa de ofício e dos juros Selic, nos termos do art. 100, III e parágrafo único do Código Tributário Nacional.

46. Preliminarmente, registre-se que restou pacificada a não submissão das regras do art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 ao PAF, nos termos da Súmula CARF nº 169.

47. Sobre o requerimento de afastamento da multa e juros, com base no art. 100, III, do CTN, importante destacar que não há prática reiterada das autoridades administrativas aquiescendo com a utilização de empresa veículo.

48. Tão pouco há de se considerar eventuais decisões do CARF, que consideram a empresa veículo com alguma razão extratributária, como por exemplo, exercer o papel de *holding*, como a hipótese prevista no inciso II do art. 100 do CTN. Primeiro, porque a situação fática das decisões depende substancialmente do caso concreto e, principalmente, porque essas decisões não tem eficácia normativa atribuída por lei.

49. Cumpre registrar ainda que não consta que a Recorrente tenha ingressado com processo de consulta, atualmente regulado pela IN RFB nº 2.058, de 2021, sobre os fatos que resultaram na exigência, quando poderia, *ab initio*, ter conhecimento sobre a interpretação da Administração Tributária e, com isso, evitar as sanções a ela imputadas.

50. Dessa forma, deve ser negado o pedido de exclusão de multas e juros.

c) CSLL

51. Aplicam-se à CSLL, pela absoluta identidade de fatos e provas, as conclusões relativas ao IRPJ.

Dispositivo

52. Em razão de todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Iágaro Jung Martins