



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

Processo nº 19647.009690/2006-99
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-001.876 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de novembro de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente TIM NORDESTE S/A
Recorrida 4ª Turma da DRJ/REC

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO, POR MEIO EXTRA-CONTÁBIL, DE PARCELAS JÁ AMORTIZADAS CONTABILMENTE.

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores

IRPJ/CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.
2. Em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).
3. A exceção trazida pelo *caput* do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II).
3. Inexistindo extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e investidora não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas.

IRPJ. ESTIMATIVAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Precedentes.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, mormente se a incorporadora e incorporadas têm em comum a mesma controladora. A multa de lançamento de ofício aplica-se à sucessora por infração cometida pela sucedida, ainda que apurada após a sucessão. Precedentes.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

CSLL. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula vinculante nº 8, DOU de 20/06/2008),

cancela-se o lançamento no qual não foi observado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Recurso voluntário parcialmente provido.

LUCRO DE EXPLORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E PROVISÃO PARA MANUTENÇÃO DA INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Os benefícios fiscais de redução e isenção do imposto são calculados sobre o lucro da exploração decorrente exclusivamente da atividade que se deseja incrementar. Neste sentido a amortização do ágio e a baixa da PMIPL não devem afetar o lucro de exploração da empresa.

Recurso de ofício desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e acolher a arguição de decadência em relação à exigência da CSLL no ano-calendário de 1998, 1999 e 2000. Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a exigência da multa isolada. Vencidos os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento ao recurso. Vencidos preliminarmente em votações sucessivas: i) O Conselheiro Carlos Pelá que acolheu a arguição de decadência em relação à amortização do ágio ; ii) Os Conselheiros Paulo Roberto Cortez, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Carlos Pelá que davam provimento parcial para afastar a glosa da amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e CSLL, restabelecer parcialmente os saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL e cancelar a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá – Relator

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez. e Carlos Pelá.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de autos de infração de IRPJ (período 01/2000 a 12/2004) e CSLL (período 01/1998 a 12/2004), cumulados com juros, multa de ofício e multa isolada, apurados em decorrência da glosa de exclusão indevida na apuração do Lucro Real (fls. 424/463 digital, 209/248 papel). A ciência foi tomada em 30/10/06.

A **Tim Nordeste S/A** (antiga Maxitel S/A), foi autuada em razão da sua condição de sucessora da **Tim Nordeste Telecomunicações S/A** (antiga Telpa Celular S/A), que, por sua vez, sucedeu as empresas: **Telasa Celular S/A, Teleceará Celular S/A, Telern Celular S/A, Telepisa Celular S/A e Telpa Celular S/A**.

Conforme Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 482/538, 265/321 papel) as infrações apuradas podem ser resumidas da seguinte forma:

Infração 1. Apropriação de despesa não dedutível de amortização de ágio pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpa (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 2000 a 2004). Tem origem na aquisição de operadoras de telefonia em leilão de desestatização do serviço de telecomunicações promovido pela União Federal na década de 1990. Corresponde ao principal ponto dos lançamentos em questão, sendo as demais acusações (à exceção das infrações 5 e 6, adiante descritas) meros desdobramentos da glosa da despesa de ágio;

Infração 2. Exclusão indevida de ágio (registrado no Lalur) pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpa (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 2000 a 2004). Envolve parcela do ágio amortizada contabilmente pela Bitel/1B2B antes da transferência do ágio da TNC para as operadoras.;

Infração 3. Glosa de prejuízos e base negativa de períodos anteriores compensados indevidamente pelas empresas Telern (IRPJ e CSLL 2002 a 2004), Telpa (IRPJ e CSLL do ano base 2002) e Telpa (IRPJ 2002 a 2004 e CSLL 2002 e 2003). É mero reflexo das glosas descritas nos itens anteriores. Como resultado da glosa da amortização do ágio, houve a reversão parcial de prejuízos fiscais e bases negativas dos períodos em que incorridas e, por conseguinte, a exigência de crédito tributário em períodos subsequentes em que compensados (as compensações glosadas, como afirmou o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, serão objeto de Autos de Infração específicos do IRPJ e da CSLL);

Infração 4. Dedução a maior de incentivo fiscal de lucro da exploração pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpa (IRPJ 2002, a 2004). A fiscalização concluiu que a reversão da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (PMIPL), criada em razão da incorporação do patrimônio da empresa 1B2B pela TNC (por determinação da Instrução CVM 319/99), teria majorado o cálculo do lucro da exploração, por ter sido tratada como receita operacional, quando, em verdade, deveria ser qualificada como não operacional, o que reduziria o percentual do benefício;

Infração 5. Glosa de dedução de CSLL retida na fonte por órgão público.

Na DIPJ/1999, ano-calendário de 1998, da empresa Telepisa foi informado no ajuste anual o valor de R\$ 539,87 a título de dedução de CSLL retida na fonte por órgão público. Entretanto a fiscalização constatou que tal valor já havia sido deduzido pela contribuinte no cálculo das estimativas mensais, razão pela qual, glosou a dedução indevida da CSLL;

Infração 6. Deduções indevidas no ajuste anual de antecipações de IRPJ e de CSLL não comprovadas. Glosa de dedução de IRPJ e CSLL mensais pagos por estimativa. A fiscalização não conseguiu confirmar créditos informados em diversas DCOMP's transmitidas pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 1998 a 2004); e

Infração 7. Multas isoladas por falta de pagamento de IRPJ e de CSLL devidas por estimativa mensal. Em razão das infrações apuradas acima, sustenta a fiscalização que as empresas sucedidas teriam deixado de recolher (ou teriam recolhido a menor) os valores devidos pelas estimativas de IRPJ e CSLL, sujeitando-se, portanto, à multa isolada de 50%. Envolve as empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 4º trimestre de 2001, 2002 a 2004 e CSLL 1998 a 2004).

Em relação a esta última infração, no que toca ao IRPJ, esclareça-se que foram lançadas apenas as diferenças a maior apuradas com base nas novas infrações levantadas para os meses de outubro, novembro e dezembro do ano-calendário de 2001, haja vista que no processo nº. 19647.012821/2005-34 já está sendo cobrada multa isolada (IRPJ estimativa) para esses meses (Encerramento Parcial), contra a empresa Tim Nordeste Telecomunicações S/A (CNPJ 02.336.993/0001-00 - incorporada).

Com relação a CSLL, da mesma forma, foram lançadas apenas as diferenças a maior apuradas para o ano-calendário 2001, com base nas novas infrações apuradas, uma vez que no processo nº. 19647.012818/2005-11 já está sendo cobrada a multa isolada (CSLL Estimativa) para esse ano (Encerramento Parcial).

Vale notar, para logo, que após a impugnação dos autos de infração, a Fiscalização produziu um Relatório de Informação Fiscal, por meio do qual procurou aplicar a Solução de Consulta Interna COSIT nº. 18, de 13/10/06. Com isso, os valores lançados referentes às **infrações 6 e 7** foi revisto de ofício, diminuindo o montante da exigência contida no presente processo.

DA OPERAÇÃO**Passo 1. Aquisição da TNC pela Bitel em leilão de desestatização**

A Tele Nordeste Celular Participações S/A (“TNC”) foi legalmente constituída em maio de 1998, em decorrência do processo de reestruturação e privatização do sistema de telefonia brasileiro, com a cisão de parte do acervo da sociedade Telecomunicações Brasileiras S/A - Sistema Telebrás.

Em julho/1998, um Consórcio formado pelas empresas Bitel Participações S/A (“Bitel”) e UGB Participações Ltda (“UGB”) adquiriu, em leilão de desestatização, a totalidade das ações ordinárias da TNC em poder da União, representativas de 51,79% de seu

capital votante, por um valor superior ao de seu patrimônio líquido contábil (PL), ou seja, o preço pago envolveu parcela substancial de ágio. No leilão, as adquirentes Bitel e UGB participaram com 50% cada uma.

Em fevereiro de 1999, a Bitel comprou a totalidade das ações da empresa TNC pertencentes a UGB (32.202.575.563 ações). Assim, a Bitel passou a ser titular das 64.405.151.125 ações ordinárias alienadas pela Telebrás no leilão de privatização e, por conseguinte, tornou-se controladora direta da TNC.

A Bitel procedeu ao desdobramento do custo de aquisição das ações, mediante a indicação de seu valor de PL e o ágio correspondente à diferença a maior entre o preço de aquisição do investimento e o montante do PL da controlada (TNC). O fundamento econômico era a perspectiva de rentabilidade futura da TNC, como controladora das empresas operadoras de telefonia celular da região nordeste do Brasil.

Passo 2. Constituição da 1B2B pela Bitel para controlar a TNC

Em 07/01/2000 foi constituída a empresa 1B2B Participações Ltda (“1B2B”), com o capital social de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 quotas de valor de R\$ 1,00; onde o Sr. Robson Goulart Barreto (CPF nº. 787.091.487-87) detinha 999 quotas e Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior (CPF nº. 016.415.047-14) detinha 1 (uma) quota.

Em 31/03/2000 foi promovida a primeira alteração contratual da 1B2B, onde o sócio quotista Robson Goulart Barreto cede e transfere a totalidade das suas 999 quotas para a Bitel pelo valor de R\$ 999,00.

Nessa mesma data, os sócios quotistas resolvem promover o aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 673.262.640,00, com emissão de 673.261.640 novas quotas; que foram totalmente subscritas e integralizadas pela Bitel nesta data, mediante a conferência de 64.405.151.125 ações de emissão da TNC, no valor de R\$ 673.262.640,00, tendo, portanto o Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior cedido em favor da Bitel o seu direito de subscrição das novas quotas, continuando a ser detentor de apenas uma quota no valor de R\$ 1,00. Os sócios quotistas, por unanimidade, resolvem transformar a sociedade em sociedade anônima, sob a denominação de 1B2B Participações S/A (“1B2B”), convertendo-se as 673.262.640 quotas representativa do capital social da sociedade em igual número de ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, distribuída entre os sócios na mesma proporção anteriormente detida.

Sendo assim, foi transferido o investimento (da Bitel na TNC) para a 1B2B e permanecendo na Bitel o passivo resultante da aquisição das ações da TNC no leilão de desestatização, passando a Bitel a manter, então, o controle indireto da TNC. Noutras palavras, a integralização do capital acima mencionada tornou a 1B2B subsidiária integral da Bitel.

Passo 3. TNC incorpora sua nova controladora direta 1B2B

Tendo em vista que o único ativo da 1B2B era o investimento detido na TNC, foi aprovada em AGE de 28/04/2000 a incorporação, e conseqüente extinção, da 1B2B pela TNC, pelo valor contábil, mediante o recebimento pelos acionistas da sociedade incorporada de ações da sociedade incorporadora.

Assim, devido à incorporação, a Bitel recebeu, em substituição das ações da 1B2B, ações da TNC na mesma quantidade e espécie das ações originais, subrogando-se nos mesmos direitos e obrigações, sem que tenha havido alteração no capital da TNC no momento da incorporação. Aqui a Bitel teve seu investimento de volta, porém sem o destaque do ágio, ou seja, no valor do investimento já estava contido o valor do ágio.

A operação de incorporação resultou (na TNC) na constituição de um ativo diferido (ágio líquido) e em contrapartida a esse lançamento: um passivo (provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido) e um patrimônio líquido, na conta de reserva especial de ágio, correspondente a diferença (ágio menos provisão).

Havia a previsão de que ao término de cada exercício social em que a TNC viesse a gozar do pretendido benefício fiscal da amortização do ágio, a parcela da reserva especial correspondente a tal benefício seria objeto de capitalização em proveito do acionista controlador (Bitel), ficando o respectivo aumento de capital sujeito ao direito de preferência aos demais acionistas, conforme previsto no § 1º do artigo 7º, da Instrução CVM nº. 319/1999. As quantias contribuídas pelos acionistas minoritários que exercessem os seus direito de preferência seriam transferidas diretamente ao acionista controlador.

Na medida em que o pretendido benefício fiscal da amortização do ágio fosse gerado através da redução efetiva da carga tributária nas operadoras, seriam emitidas ações da TNC para a Bitel.

No plano dos registros contábeis, quando a 1B2B foi incorporada pela TNC, esta registrou um ativo diferido de R\$ 600.200.535, equivalente ao montante líquido (pós amortização) do ágio pago pela Bitel na aquisição do controle da TNC, em contrapartida a conta de Patrimônio Líquido denominada “Reserva Especial de Ágio na Incorporação”.

Para atender a Instrução n.º 319/99 da CVM, no momento da incorporação da 1B2B pela TNC, foi criada na incorporada uma Provisão Para a Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (PMIPL) no valor equivalente a 66% do ativo diferido, tendo sido a referida reserva reduzida desse valor, a fim de evitar que a amortização do ágio causasse impacto negativo no fluxo de dividendos aos acionistas minoritários.

Passo 4. Cisão da TNC mediante versão de parcelas de seu patrimônio às sociedades operadoras

Após isso, foi realizada a cisão da TNC, com a transferência do ativo diferido e do caixa para as sociedades controladas, as operadoras Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe. Essa etapa foi aprovada pelo Conselho de Administração da TNC em 30/05/2000 e pela Assembléia Geral Extraordinária de cada controlada em 30/06/2000.

Com a operação de cisão, o ágio (oriundo da Bitel) foi transferido para as sociedades operadoras para amortização no prazo de 60 meses, com base na expectativa de rentabilidade futura das sociedades operadoras controladas pela TNC.

Passo 5. TELPE (TIM) incorpora as sociedades operadoras

Em 30/01/2004, foram realizadas Assembléias Gerais Extraordinárias nas operadoras Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa, tendo sido aprovados os Protocolos e

Justificação de Incorporação dessas sociedades pela Telpe, bem como a mudança de sua razão social de Telpe Celular S/A para Tim Nordeste Telecomunicações S/A.

Argumentos fiscais para a autuação:

Diante de tal situação fática, a fiscalização concluiu que os atos praticados pelas empresas objetivaram, desde o princípio, tão somente, transferir o ágio do investimento realizado pela Bitel para as operadoras, tornando possível amortizá-lo e, com isso, reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Nesse passo, fundamenta a glosa da despesa com o ágio numa suposta caracterização de abuso de direito. Admite que os envolvidos reuniam as condições para amortizar o ágio após o encerramento do leilão de desestatização. Entretanto, afirma que o modo como as operações foram praticadas teria desrespeitado os limites impostos pela legislação fiscal, tornando descabida a dedução do ágio.

Aduz que os atos societários realizados (operações estruturadas em seqüência) - aumento de capital, cisão e incorporação - tinham como única finalidade a redução da carga tributária, com o uso de empresa veículo, de modo a permitir a amortização do ágio pago no leilão de desestatização.

Além do uso de empresa veículo que supostamente teria como única função transferir o ágio, destaca a prática de incorporação às avessas, a formação de ágio de si mesmo em operação envolvendo partes relacionadas e a falta de pagamento do ágio por parte das empresas 1B2B, TNC e operadoras para fundamentar a alegação de abuso de direito e a configuração de prática ilícita.

Sustenta, ainda, que inexistiria pagamento em dinheiro de ágio na aquisição das ações de TNC e de Bitel por 1B2B quando da sua capitalização, única hipótese em que, segundo a legislação, se poderia cogitar da ulterior dedução da importância na determinação dos resultados tributáveis pelo IRPJ e pela CSLL.

Especificamente no que toca à infração 2, acrescenta a fiscalização que foi constatado nas operadoras (Telasa, Telecará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe) diversas exclusões na apuração do lucro real (Lalur) e na base de cálculo da CSLL a título de valores referentes às parcelas do ágio já anteriormente amortizados pelas empresas Bitel e 1B2B.

Nesse passo, aduz a fiscalização que os valores, já amortizados nas empresas Bitel e 1B2B até a data de transferência do ágio da TNC para as operadoras, deveriam ter sido adicionados na parte A e controlados na parte B do Lalur da Bitel e da 1B2B, cuja exclusão somente aconteceria quando da alienação do investimento (art. 426 do RIR/99).

Entretanto, verificou-se que esses valores, supostamente registrados na parte “B” do Lalur das empresas Bitel e 1B2B, foram indevidamente transferidos para o Lalur das operadoras.

A respeito do assunto, argumenta que a legislação do imposto de renda não autoriza tal procedimento, permitindo a exclusão via Lalur apenas **(i)** quando da alienação do investimento pela investidora, no caso a Bitel; e **(ii)** nas hipóteses do art. 386 do RIR/99, onde

há a extinção do investimento pela unificação patrimonial, ocorrida com a incorporação da investida pela investidora, ou visse versa, fato não ocorrido na situação em questão, as parcelas amortizadas passam a ter registro e controle exclusivamente contábil, não mais se admitindo controles via LALUR.

No Lalur os valores excluídos foram registrados com os históricos: "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 ou C404013086/92" ou no ano 2000 "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 Amortização Ágio da 1 B2B/Bitel". Esclarece a fiscalização que nos anos de 2001 a 2004 no histórico "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 ou C404013086/92" foram registradas juntamente com a parcela sob análise a reversão da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido ("PMIPL"), porém os valores relativos a essa reversão não compõem os valores glosados pela fiscalização.

DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a Contribuinte apresentou impugnação às fls. 2887/2931 (2555/2598 papel), acompanhada dos documentos de fls. 2932/3018 (2556/2668 papel) em que aduz, em síntese, o que segue:

a) Já havia decaído o direito de a Administração Fiscal fazer exigências relacionadas à despesa supostamente indedutível por amortização de ágio, em razão do artigo 150, §4º, do CTN. As operações societárias que levaram à incidência dos artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97, permitindo a referida amortização, ocorreram no ano de 2000, enquanto os Autos de Infração foram lavrados em outubro de 2006, mais de 5 anos após. Desse modo, as exigências referentes aos anos-calendário de 2001 a 2004 são mera decorrência dos atos praticados em 2000, já decaído, devendo ser canceladas as exigências decorrentes.

b) A CSLL é um tributo submetido ao regime de lançamento por homologação, fiscalizado e recolhido pela Receita Federal. Por isso seu prazo de decadência é de 5 anos, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN. Não se submete ao artigo 45 da Lei nº. 8.212/91. Ademais, essa regra é contrária ao CTN. Por isso, quando da lavratura dos Autos de Infração, já havia decaído o direito de a Administração Fiscal exigir supostos créditos tributários relacionados aos anos-calendário de 1998 a 2000.

c) A situação em que se encontravam as empresas Bitel e TNC permitia a aplicação do artigo 386 do RIR/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97), com o tratamento tributário nele constante, bastando a incorporação de uma pela outra. Apenas por razões de cunho societário e regulatório foi adquirida a sociedade IB2B. Com a participação dessa nova sociedade era igualmente possível a aplicação da regra fiscal.

d) Não se pode falar em abuso de direito no caso, pois para isso seria necessário existir um dano efetivo para a Administração Fiscal. Todavia, o resultado fiscal advindo com a realização das operações de aumento de capital da IB2B pela Bitel, a incorporação daquela pela TNC e a posterior cisão dessa última com a incorporação nas empresas operadoras foi exatamente o mesmo que seria obtido caso tivesse havido a incorporação da TNC pela Bitel e a incorporação das empresas operadoras: o direito à amortização do ágio, nos termos e condições do artigo 386 do RIR/99.

e) Também não há abuso de direito, pois os atos praticados não visaram exclusivamente uma economia fiscal, que poderia ser obtida na situação em que se encontravam as empresas no ano-calendário 2000. Os atos praticados tiveram como causa a legislação societária, para evitar prejuízo aos acionistas minoritários. Também se procurou atender a legislação do setor de telecomunicações, com suas vedações de perda de controle, de supressão de empresa “holding” nacional e junção das empresas operadoras (esta última operação mais tarde autorizada). Por fim, ocorreu na verdade todo um amplo e longo processo de reestruturação das empresas do Grupo TIM, buscando desde o início a simplificação da complexa estrutura. A reestruturação ocorrida, portanto, seria realizada, mesmo se não houvesse o tratamento fiscal do artigo 386 do RIR/99.

J) Nesse cenário, não se pode falar em abuso de direito, não sendo procedentes as alegações da Fiscalização.

g) O parágrafo único do artigo 116 do CTN, incluído pela LC nº. 104/01 foi aprovado com o objetivo de combater planejamentos fiscais praticados com abuso de direito. Essa regra carece, ainda, de regulamentação, o que foi tentado com a MP nº. 66/02, mas rechaçado pelo Congresso Nacional. Logo, a Administração Fiscal não possui competência para negar efeitos a atos jurídicos conformes com as normas de direito privado, que supostamente visem obter um benefício fiscal, quando praticados antes da promulgação da LC nº. 104/01 e enquanto ela não for regulada.

h) A sucessão tributária se dá em relação aos direitos e obrigações de cunho fiscal. Assim, as empresas operadoras eram sucessoras, em razão de incorporação, inclusive em relação ao ágio amortizado contabilmente e controlado no Lalur das sucedidas, sem qualquer efeito fiscal até então. Não houve dupla utilização fiscal do ágio. Por isso, a exigência relacionada à infração 2 deve ser cancelada.

i) A infração 3 é mera decorrência das infrações 1 e 2 e, como elas, deve também ser cancelada.

j) As empresas sucedidas pela autuada calcularam corretamente o lucro da exploração, pois a reversão da provisão PMIPL não é uma receita não-operacional que deva ser excluída do cálculo. Mesmo se o fosse, seria necessário, por coerência adicionar as despesas de amortização de ágio, intrinsecamente, ligadas à referida provisão. A legislação manda excluir os resultados não-operacionais e não apenas as receitas.

k) A fiscalização, em relação à infração 6, limitou-se a afirmar que as empresas sucedidas pela autuada teriam deduzido antecipações de IRPJ e de CSLL que não teriam sido comprovadas. Nada demonstrou, nem provou. Não há motivação/fundamentação dos lançamentos feitos. O contribuinte foi autuado sem saber, especificamente, os motivos para tanto. Por isso, não pode apresentar defesa e demonstrar o correto recolhimento dos tributos devidos. A autuação, portanto, deve ser cancelada por contrariar o Decreto nº. 70.235/72 e a Lei nº. 9.784/99.

l) A fiscalização contrariou o artigo 132 do CTN, segundo o qual a sucessão tributária por incorporação limita-se aos tributos devidos. Não é correta, assim, a imposição de multas contra a autuada, sucessora das sociedades que praticaram os atos impugnados pela Fiscalização. Ninguém pode ser punido por supostas infrações que não cometeu. Nesse sentido é a vasta jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

m) Foi aplicada, ainda, multa isolada de 50%. Todavia, nos termos do artigo 44 da Lei nº. 9.430/96 (seja na redação dada pela MP nº. 303/06, não mais em vigor quando da intimação da autuada, seja na redação original, atualmente em vigor), essa pena é aplicada isoladamente, desacompanhada de tributos. No caso, houve aplicação juntamente com exigência de tributos e cumulada com a multa de 75%. Isso contraria o dispositivo legal e caracteriza uma duplicidade de punição, que deve ser afastada.

DA REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO

Em 13/12/2006, a fiscalização apresentou Relatório de Informação Fiscal às fls. 3024/3027 e 3628/3632 (2673/2076 e 3257/3261 papel), esclarecendo que por força da interpretação adotada pela Solução de Consulta Interna nº. 18 de 13/10/2006 e considerando o disposto no art. 10 da IN SRF nº. 600/2005, constatou-se que a metodologia aplicada na elaboração de algumas planilhas de cálculo estavam em desacordo com o tratamento adequado e recomendado pela COSIT.

A Solução de Consulta Interna nº. 18 de 13/10/2006 orienta no sentido de que no caso de compensação não homologada, os débitos de IRPJ ou CSLL estimativa não devem ser glosados para apuração do imposto a pagar no saldo de ajuste anual.

Dessa forma, para assegurar a correta aplicação da Solução de Consulta mencionada e para observar a uniformidade de tratamento entre o critério adotado nos autos de infração e a metodologia a ser aplicada nos diversos processos de DCOMP em andamento, a **fiscalização procedeu a revisão de ofício do lançamento**, acatando as estimativas mensais de IRPJ e de CSLL declaradas em DCOMP objeto de compensação não-homologada para efeitos de apuração do IRPJ e da CSLL.

Ou seja, as estimativas mensais de IRPJ e da CSLL declaradas em DCOMP, objeto de compensação não-homologada e que por força da Solução de Consulta citada foram acatadas nesta revisão para efeitos de apuração do IRPJ e da CSLL, serão tratadas em processos específicos e objeto de cobrança espontânea. Os pagamentos de estimativa mensal de IRPJ e da CSLL indevidos ou a maior foram aproveitados nesta revisão para dedução, respectivamente, do IRPJ e da CSLL devidos no ano-calendário em que houve o pagamento indevido ou para compor o saldo negativo do período, conforme disposto no art.10 da IN nº. 600/2005. Já os débitos declarados em DCOMP para compensação com tais créditos serão objeto de não-homologação e também de cobrança espontânea.

A revisão dos valores inicialmente lançados no tocante às infrações 6 e 7, **implicou em crédito tributário inferior ao lançado inicialmente**.

Em manifestação, a autuada afirma que a revisão do lançamento confirma o que foi aduzido na peça impugnatória no sentido de que as exigências relacionadas aos itens 6 e 7 não possuíam adequada fundamentação e nem mesmo simples explicações que possibilitassem saber qual suas origens e motivo. Afirma que a diminuição dos valores deveria ser motivada pelo cancelamento definitivo das exigências e não por sua transposição para outros processos.

Assevera a empresa que não tem condições de avaliar o efeito da transposição de valores, pois segundo o próprio Relatório de Ação Fiscal serão cerca de 160

processos ao todo, e que assim, não é possível inferir se ao final haverá aumento ou não do valor da exigência total. Se houver aumento, afirma que haverá violação aos artigos 145 e 149 do CTN e que nesse caso as novas exigências, constantes dos processos de compensação, deverão ser canceladas, homologando-se as compensações então realizadas.

Finaliza, reafirmando todas as considerações já efetuadas na impugnação.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 13/12/2007, acordaram os membros da 4ª Turma de Julgamento da DRJ/REC, indeferir a preliminar de decadência do ágio e, no mérito, dar parcial provimento à impugnação, em função da procedência em parte dos lançamentos referentes ao Lucro de Exploração e a Compensação (fl. 3640/3716, 3269/3345 papel), nos termos da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA

JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O prazo decadencial nos lançamentos por homologação aplica-se aos pagamentos efetuados pela contribuinte e não a seus registros contábeis. O Fisco nada poderia lançar enquanto a contribuinte não amortizasse o ágio diferido, reduzindo o lucro real tributável.

LUCRO REAL TRIMESTRAL. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA.

A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária.

LUCRO DE EXPLORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E PROVISÃO PARA MANUTENÇÃO DA INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Os benefícios fiscais de redução e isenção do imposto são calculados sobre o lucro da exploração decorrente exclusivamente da atividade que se deseja incrementar. Neste sentido a amortização do ágio e a baixa da PMIPL não devem afetar o lucro de exploração da empresa.

**MULTA DE OFÍCIO. SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO.
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA..**

A incorporadora é responsável pelo pagamento da multa de ofício decorrente de infração atribuída à incorporada, mormente se sucessora e sucedida têm em comum a mesma controladora. A multa de lançamento de ofício aplica-se à sucessora por infração cometida pela sucedida, ainda que apurada após a sucessão.

**MULTA PROPORCIONAL NO LANÇAMENTO DE OFÍCIO -
CONCOMITÂNCIA COM MULTA ISOLADA.**

A exigência do lançamento de multa isolada pela falta ou insuficiência do recolhimento de antecipações mensais não constitui impedimento para a exigência concomitante de multa proporcional na hipótese de se apurar na mesma ação fiscal que houve falta ou insuficiência de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

**MULTA ISOLADA PELO NÃO RECOLHIMENTO DE
ESTIMATIVA.**

A multa isolada pelo não recolhimento de estimativa, aplicada após o encerramento do ano-calendário respectivo, se encontra prevista de forma expressa na legislação.

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

Ano-calendário: 1998, 2000

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Lançamento Procedente em Parte

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com a decisão, a Contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 3756/3795 (3384/3423 papel), repisando os argumentos de suas peça impugnatória e acrescentando novos. Destacam-se os seguintes:

Infração 1

A questão do “ágio interno” não se põe no caso em exame, já que não há pagamento de ágio entre as sociedades do grupo TIM. Tampouco a formação de nova mais-valia em operações intragrupo. Pelo contrário, o ágio corresponde à mais-valia desembolsada

em favor da União na desestatização do setor (transação entre partes independentes com substrato econômico).

Justamente por isso, o grupo TIM atendia os pressupostos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 para a fruição da amortização do ágio antes mesmo de implementar os negócios impugnados pela fiscalização. Assim, caso ocorresse a incorporação de TNC e das operadoras pela Bitel (ou vice-versa), a sucessora poderia amortizar o ágio no seu resultado, atingindo os propósitos das disposições legais.

No entanto, a incorporação da TNC e das operadoras pela Bitel (ou vice-versa) era inviável por razões extratributárias, de cunho societário e regulatório, tais como:

A) Abuso de poder de controle: A prática de operação na forma descrita acarretaria prejuízo aos minoritários, violando normas societárias, pois, como a Bitel adquiriu o controle mediante a assunção de passivo para com a União, a incorporação implicaria que referida dívida de interesse exclusivo do controlador fosse atrelada ao próprio negócio e suportada pela sucessora, prejudicando os demais acionistas, com reflexo patrimonial negativo a todos os minoritários. Em consequência, a amortização do ágio pela aquisição de controle de TNC reduziria o seu próprio resultado, diminuindo os dividendos pagos aos minoritários.

B) A operação acima descrita, se implementada, violaria o art. 117, § 1º, “b”, da Lei das S/A e os arts. 15 e 16 da Instrução CVM nº. 319/99. Como consequência, os controladores ficariam obrigados a indenizar a TNC pelos danos causados (Lei das S/A, art. 246) e sujeitos às penalidades previstas na Instrução CVM nº. 319/99 e nos incisos III e VIII do art. 11 da Lei nº. 6.385/76 (caracterização de exercício abusivo de poder de controle).

C) Perda do poder de controle – Violação à Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº. 9.472/97): Caso a Bitel incorporasse a TNC, o controlador da Bitel perderia a participação na maioria absoluta do capital, na medida em que seria emitido um número inferior de ações em substituição a esse bloco, em comparação com a participação antes detida pela Bitel, por conta da transferência do passivo pela aquisição do controle, resultando assim numa participação inferior a 50% do capital para tal bloco de acionistas. Isso, além de não ser do interesse empresarial do controlador, implicaria violação ao art. 202 da LGT que veda a transferência do controle das operadoras nos cinco anos seguintes ao de aquisição.

D) Participação do capital estrangeiro de forma direta em operadora de telefonia: Caso Bitel, TNC e as operadoras de telefonia fossem reunidas em uma só sociedade, a controladora da pessoa jurídica resultante passaria a ser sociedade não residente. A medida configuraria transgressão ao Decreto 2.617/98 (art. 1º), que impõe a obrigatoriedade de que a detentora da maior parte do capital de concessionária de serviços de telecomunicação seja residente no Brasil.

E) Transferência de outorgas de serviços concedidos com inobservância das determinações da ANATEL: Para a Agência, a reunião de concessionárias do serviço de telecomunicação celular em uma só empresa somente poderia ocorrer 5 anos após a entrada em vigor da LGT, pois caracterizaria transferência dos contratos de concessão do SMC. Tanto que a reunião de operadoras de celular só foi admitida quando da edição de ato que as incentivava a migrarem do SMC para o SMP (Resolução ANATEL 254/01, item 7.2.1).

Assim, para que pudesse haver o aproveitamento fiscal do ágio sem desrespeito às normas citadas, as empresas do grupo TIM deveriam proceder de uma forma tal

que a incorporadora e as incorporadas detivessem o ágio sem, contudo, implicar manutenção da dívida relacionada com a aquisição da participação societária e a transferência do controle da TNC. Foi o que se deu com a reestruturação societária proposta que, por fim, também criou uma estrutura mais racional e condizente com os negócios da Contribuinte.

A mera incorporação da TNC e das operadoras pela Bitel (ou vice versa) implicava a prática de ato ilegal. Por isso, não pode ser tida como alternativa aos atos praticados, tal como alegaram a fiscalização e a DRJ. Se a hipótese aventada pressupunha o cometimento de ilicitude, ela não era uma opção. A reestruturação realizada era, na realidade, a única medida à disposição para o aproveitamento do ágio. Há típico exercício regular de direito.

Com efeito, a motivação para a prática das operações não foi fiscal, mas extratributária. Sustenta que roteiro semelhante foi adotado pelos demais grupos econômicos (Brasil Telecom, Telefônica e Oi/Telemar, dentre outros) que participaram do processo de privatização do sistema de telefonia para viabilizar a amortização do ágio por eles pago no leilão.

Dada a absoluta identidade entre as razões de decidir dos precedentes existentes e os fundamentos sustentados em suas peças recursais, indicada alguns julgados já prolatados pelo CARF, inclusive por esta egrégia turma, que acataram os fundamentos da autuada, tais como: caso TNL (Acórdão nº. 1301-000.711), caso Vivo (Acórdão nº. 1101-00.354), caso CELPE (Acórdão nº. 1201-00.689), caso Termopernambuco (Acórdão nº. 1301-000.999), caso Santander (Acórdão nº. 1402-00.802), caso Consern (Acórdão nº. 1402-00.993), caso Energisa (Acórdão nº. 1402-00.409), caso Scipione (Acórdão nº. 1402-001.077). Cita também precedente que analisou a própria situação da autuada, acórdão nº. 1102-000.873.

Igualmente, é improcedente a alegação de que o abuso estaria caracterizado em razão de, mediante o uso de “empresa veículo”, ter havido a transferência do ágio para ser amortizado por sociedade distinta daquela que poderia apropriá-lo.

Isso porque, o resultado obtido com a reestruturação societária conduzida é, do ponto de vista fiscal, idêntico ao que seria obtido se a Bitel tivesse incorporado a TNC e as operadoras que controlava. Em qualquer dos casos, Bitel teria direito de amortizar o ágio pago na compra das ações de controle no leilão promovido pela União.

Da mesma maneira, é descabida a assunção fiscal de que o ágio não seria passível de amortização por ausência de desembolso de recursos para o seu pagamento pela 1B2B. Assim é porque, segundo definição legal (Lei 9.532/97, art. 7º, III), o pressuposto à aplicação da amortização do ágio é a aquisição de participação societária com ágio e não a aquisição de participação com o pagamento (ou desembolso) de ágio.

Não prospera o argumento da DRJ no sentido de que tais operações teriam sido realizadas para não acarretar a perda de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa. Isso porque, os prejuízos fiscais e base negativa existentes no ano de 2000 na Bitel (hoje com o nome de TIM Brasil Participações) permanecem até hoje, sem utilização (na verdade só aumentaram de valor, tendo ocorrido pequenas compensações, irrelevantes para o caso - doc. 02 do recurso voluntário). Dessa forma, seria muito estranho um "planejamento fiscal" urdido para manter prejuízo fiscal e base negativa e, 8 anos após, permanecerem eles sem utilização, tendo aumentado de valor. Fica demonstrada, assim, a carência de suporte na realidade para as alegações da DRJ.

A reestruturação societária que possibilitou a transferência do ágio pago para empresas operadoras foi de interesse empresarial, independentemente do benefício fiscal. Com ela, o patrimônio total e o patrimônio líquido das empresas foram aumentados. O valor contábil das operadoras, expressos em seus balanços patrimoniais, se aproximou de seu valor de mercado. Isso ocorreu justamente porque os valores do ágio e do benefício dele decorrente foram transferidos para essas empresas.

Essa medida tem por efeito melhorar a capacidade da empresa, p. ex., para obter financiamentos bancários. O balanço patrimonial passa a demonstrar que ela tem uma situação econômica melhor, tornando-a atraente para investidores do mercado, facilitando eventuais propostas de aumento de capital ou lançamento de debêntures.

Além disso, como referido, os atos de integralização de capital e posterior incorporação foram apenas etapas iniciais de uma ampla reorganização de todo o Grupo TIM. Após a participação no processo de privatização e aquisição de várias empresas, o Grupo TIM passou a ser composto por 17 (dezesete) sociedades, sendo 11 (onze) de capital aberto. Tratava-se, portanto, de uma estrutura complexa, ineficiente e cara. Nada mais natural e empresarialmente adequado do que procurar a simplificação dessa estrutura, de modo a reduzir custos variados e alcançar economias possíveis, independentemente de qualquer benefício de cunho fiscal.

Essa reestruturação foi feita, tanto que o Grupo TIM passou a estar composto apenas 4 sociedades, sendo somente 1 (uma) de capital aberto.

A DRJ, porém, alega que não teria havido, na incorporação das empresas operadoras, celeridade presente na transferência do ágio da empresa Bitel para elas. A concentração das operadoras na Telpe teria ocorrido quatro anos após a conclusão do processo de transferência do ágio, sendo que ele seria possível a partir de julho de 2002, como decorrência de regras da ANATEL.

O argumento de que o Grupo TIM não teria dado continuidade ao seu processo de reestruturação não procede. Na realidade, nesse intervalo de tempo ocorreram outras operações societárias visando a simplificação da estrutura organizacional do Grupo. Foi dada prioridade a outros "braços" do Grupo, como o das empresas da Região Sul do País (TIM Sul) (doc. 04 do recurso voluntário - demonstra as diversas etapas da reorganização realizada). Assim, no período entre julho de 2002 (a partir de quando a incorporação entre as empresas operadoras na Região Nordeste poderia ocorrer) e janeiro de 2004 foram praticadas a incorporação das empresas Telepar, CTMR e Telesc, a incorporação da TIM Brasil S/A pela Bitel e a venda da empresa Blah! pela TND, TSU, TIM Brasil e Maxitel para a TIM International. Após, outras operações foram realizadas, sempre com o objetivo de reduzir a complexidade do Grupo.

Após terem sido adquiridas diversas empresas públicas, nos mais diferentes Estados do País, com enorme atraso de investimentos, era compreensível que a reorganização fosse sendo feita aos poucos. Tratava-se antes de conhecer as empresas, verificar a situação em que se encontravam, descobrir custos a serem reduzidos, identificar as necessidades mais prementes de investimento (época de popularização dos aparelhos celulares). Tudo isso não podia ser feito concomitantemente com uma reorganização total, em todas as empresas do Grupo. Priorizou-se a reorganização das empresas Região Sul e, após, as do Nordeste. Por isso houve um intervalo de tempo entre primeiros atos societários envolvendo as empresas sucedidas pela Recorrente e incorporação de janeiro de 2004.

Nesse contexto, afirma, ainda, que caso fosse possível superar as assertivas até o momento expostas acerca da impossibilidade de se qualificar as operações praticadas como abusivas, ainda assim as autuações fiscais devem ser declaradas improcedentes, porque a Fiscalização desconsiderou as operações praticadas, sem, contudo, requalificá-las.

Contudo, no caso concreto, as consequências fiscais da operação direta - incorporação da TNC pela Bitel - seriam rigorosamente as mesmas da operação indireta praticada - incorporação da 1B2B Participações pela TNC: a amortização do ágio pago. Possivelmente por isso, o voto vencedor da decisão DRJ tentou negar a necessidade de desconsideração e requalificação dos supostos atos abusivos praticados.

Infração 2

Não procede a alegação de que teria ocorrido uma amortização do ágio em duplicidade, pois teriam sido excluídas do lucro real e da base de cálculo da CSLL valores referentes às parcelas de ágio já anteriormente amortizadas pela Bitel e 1B2B.

No período anterior à incorporação da 1B2B Participações, houve a amortização de parte do ágio para fins meramente contábeis, seguindo as determinações da contabilidade. Não houve, porém, amortização para fins fiscais e tal ágio amortizado contabilmente foi controlado na Parte B do Lalur, nos termos do que determina a legislação fiscal.

É que em tais anos ainda não havia se dado a reunião entre a investidora e as investidas mediante fusão, cisão ou incorporação exigida pela legislação. Aliás, justamente por essa razão é que a sua amortização contábil foi registrada na parte B do LALUR, a fim de ser levada ao resultado fiscal apenas quando atendidos os pressupostos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Além disso, a fiscalização incidiu em erro ao computar um valor superior em relação ao IRPJ da empresa Telp. Essa contribuinte considerou como exclusão, em relação a este item, o valor de R\$ 4.959.145,41, enquanto a fiscalização adotou como valor tributável a quantia de R\$ 7.128.197,44. Isso representa uma exigência a maior a partir do montante de R\$ 2.169.052,03. Logo, independentemente do restante, essa exigência deve ser afastada.

Infração 3

Trata-se de infração decorrente das demais. Assim, sendo improcedentes as demais infrações, esta também o será.

Infração 4

Por fim, no que toca ao recurso de ofício, afirma que a fiscalização concluiu que a amortização de ágio teria impactado o lucro da exploração da Contribuinte. O efeito imaginado teria por origem a baixa da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido – PMIPL (formada por determinação da Instrução CVM 319/99, art. 6º).

De acordo com a acusação fiscal, a baixa da PMIPL deveria ser classificada como receita não operacional, ao invés de operacional, como feito pela Contribuinte. Ela não poderia afetar o lucro da exploração, posto que seu objetivo restringe-se a permitir que o ativo diferido formado com o ágio seja registrado pelo valor líquido do benefício que proporciona

(redução do IRPJ e da CSLL), a fim de não causar prejuízo no fluxo de dividendos aos minoritários.

Para determinar o crédito tributário exigido, a fiscalização excluiu a receita contábil de PMIPL do lucro líquido. Isso fez diminuir a parcela utilizada para fins de identificação do resultado incentivado (“lucro da exploração”, cujos contornos estavam resumidos, à época, no art. 57 da IN 267/02). A diferença de IRPJ verificada entre um e outro procedimento foi lançada acompanhada de multa e juros.

Independentemente de a PMIPL integrar a receita operacional (como fez a Recorrente) ou não operacional (como alega a fiscalização), o fato incontroverso é que o procedimento adotado para cálculo do crédito tributário incide em contradição com as próprias razões expostas para concluir pela identificação da infração. Tanto que a percepção da inconsistência descrita serviu de motivação à DRJ para cancelar o crédito tributário.

Com efeito, se é certo que a PMIPL serve apenas para fins societários, isso significa que ela é neutra para fins fiscais. Sendo assim, a fiscalização deveria não só retirar a receita com a baixa PMIPL do lucro líquido para cálculo do lucro da exploração, a exemplo do realizado, como também estava obrigada a adicionar a despesa com a amortização de ágio ao resultado líquido (correção que deixou de proceder). O último registro descrito levaria ao aumento do lucro líquido e, por conseguinte, do lucro da exploração.

Com isso, ficou patente o tratamento dispare para os dois lados da mesma situação. A amortização do ágio que, como despesa, diminuía o lucro da exploração, não foi corrigida pela fiscalização. Já a baixa da PMIPL, por gerar o aumento do lucro da exploração e do incentivo, foi autuada. Ou seja, o que aumentava a arrecadação foi aceito e o que a diminuía ignorado.

Identificada a inconsistência no trabalho fiscal, a DRJ concluiu (corretamente) por declarar a improcedência de tal parcela do crédito tributário. Inclusive os reflexos em geral de tal decisão devem ser acolhidos. Ou seja, não só há cancelamento da exigência feita a partir deste item, como também deve ser verificado o montante recolhido a maior pelas empresas por terem incluído no cálculo do lucro da exploração não só a receita da baixa da PMIPL, como também o montante superior da despesa da amortização de ágio. Com isto é aumentado o valor do benefício do lucro da exploração, cuja fruição deve ser garantida à Recorrente.

De outro lado, porém, não está correto acórdão recorrido quando manteve parte da exigência relacionada à Teleceará, por alegadamente estarem equivocados os cálculos feitos em relação ao lucro da exploração desta empresa. Foi correta a apuração feita pela empresa do benefício baseado no lucro da exploração. Deve, por isso, ser alterada nesta parte a decisão da DRJ.

Infração 5

Trata-se aqui de glosa relacionada ao ano-calendário de 1998. Por isso, tal exigência já havia sido alcançada pela decadência, consoante determina a Súmula Vinculante nº. 08 do STF.

Infração 6

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/03/2015 por CARLOS PELA, Assinado digitalmente em 19/03/2015 por LEON

ARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 17/03/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, As

sinado digitalmente em 16/03/2015 por CARLOS PELA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A Contribuinte apontou, quando da impugnação, que essas exigências não foram fundamentadas adequadamente. A Fiscalização deveria ter apontado especificamente em quais pontos residia sua discordância com o procedimento das empresas sucedidas pela Contribuinte como fez em relação aos demais itens da autuação. Havia apenas a afirmação, genérica, de que teriam ocorrido deduções indevidas indicadas em planilhas. Tal procedimento impedia a verificação, por parte da contribuinte, de quais acusações lhe foram feitas, impossibilitando sua defesa. O Auto de Infração nesses termos deveria ser cancelado, pois a Administração tem a obrigação de buscar a verdade material, e para tanto deve investigar, diligenciar, demonstrar e provar o fato jurídico tributário e, após, motivar/fundamentar seu ato.

Após a impugnação, a DRF expediu um Relatório de Informação Fiscal, por meio do qual realizou uma revisão de ofício, retirando a cobrança de vários valores do presente processo, para serem exigidos em processos apartados de compensação. Contudo, a DRF voltou a incidir na mesma falha da autuação: fazer exigências sem dar uma fundamentação suficiente, capaz de dar condições a defesa.

A DRJ não fez referência às duas manifestações da Recorrente, limitando-se a transcrever a Solução de Consulta Interna nº. 18/06 com adição de argumentos, sem, contudo, sanar os vícios do trabalho da fiscalização, que autuou indevidamente. Assim, impõe-se o cancelamento da exigência, face a falta de motivação.

Multas e juros

Repisa os argumentos contra a aplicação da multa de ofício nos casos de sucessão, da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa e inova contestando a cobrança de juros sobre multa de ofício.

MEMORIAIS DA FAZENDA NACIONAL

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões 3961/3982 (fls. 3589/3611 papel) sustentando as seguintes razões para o desprovimento do recurso voluntário:

1) Embora a aquisição da empresa TNC pelo consórcio formado pela Bitel e pela UGB, tenha ocorrido em 27/07/1998, e a compra da participação societária da UGB na TNC pela Bitel tenha ocorrido em março de 1999, momentos em que o respectivo ágio foi contabilizado na empresa adquirente, a amortização do ágio a que se referem os lançamentos somente afetou diretamente os pagamentos de IRPJ realizados pela empresa a partir do ano-calendário de 2001. Tendo a empresa optado pelo lucro real anual, a data do fato gerador mais remoto de IRPJ é a de 31/12/2001, e a decadência, neste caso, somente ocorreria a partir de 31/12/2006.

2) Quanto à CSLL, contudo, o mesmo não se pode afirmar, considerando que foram efetuados alguns lançamentos fora do prazo de 5 (cinco) anos a partir dos correlatos fatos geradores.

3) A dedutibilidade do ágio amortizado é benefício fiscal que se restringe às hipóteses previstas em lei, não se permitindo ao aplicador da lei fazer interpretações extensivas de modo a desvirtuar o objetivo legal da norma.

4) O fato de a 1B2B ter como patrimônio apenas as ações da TNC, transferidas sem qualquer contrapartida, o fato de servir como uma "empresa veículo", bem como o fato de as operações societárias terem sido realizadas de maneira estruturada e em curto espaço de tempo, dentre outros indícios, demonstram não ter havido qualquer justificativa fático-negocial para as operações realizadas.

5) Conforme destacou o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, consta no protocolo e Justificação da Incorporação da 1132B pela TNC que o objetivo principal da incorporação era o aproveitamento pela incorporada e suas controladas do benefício fiscal representado pela despesa de amortização de ágio (fls. 270 - Volume II). Em outra oportunidade, a fiscalização segue relatando que consta do Fato Relevante, de 11/04/2000, publicado pelas empresas 1B2B e TNC, em seu item 4, que, em virtude da incorporação em tela, o grupo econômico da TNC terá a possibilidade de obter economias fiscais oriundas da amortização do ágio. É dizer que toda a reorganização societária teve como único propósito a redução de sua carga tributária.

6) Auto-organização societária é um direito do contribuinte. Contudo, para que ela possa ser oposta ao fisco, deve estar embasada em causas reais, ligadas ao desenvolvimento da empresa. Por outro lado, quando fundada unicamente em causas fiscais e em desacordo com o perfil objetivo no negócio, como ocorre na hipótese dos autos, ela assume um caráter abusivo, podendo o fisco desqualificar e requalificar o ato.

7) Qualquer ilação acerca da licitude das operações sob o ponto de vista tributário, pelo simples fato de a ANATEL ter anuído, deve ser rechaçada. Não há como serem aceitas as operações societárias realizadas pela Contribuinte, tendo em vista os indícios de fraude e simulação que permeiam as mesmas, vez que praticada sem qualquer propósito negocial plausível.

8) A norma estabelece a responsabilidade dos sucessores pelos “créditos tributários”, o que certamente, engloba as penalidades tributárias. Dessa forma, deve ser mantida a multa de ofício.

9) Em virtude de se tratarem de infrações distintas, a multa de ofício aplicada isoladamente pela falta de recolhimento de estimativa, pode ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

10) nada há que afaste a incidência da taxa Selic sobre débitos de qualquer natureza devidos à União, o que inclui a multa de ofício.

A Fazenda Nacional não apresentou contrarrazões às demais infrações objeto dos presentes autos.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

PRELIMINARES

Decadência do ágio - em relação à exigência advinda de despesa não dedutível por amortização de ágio (e das infrações decorrentes)

Inicialmente, no que tange à alegação de preclusão da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, cabe tecer algumas considerações.

A Recorrente alega que as operações societárias que levaram à incidência dos artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97, permitindo a amortização do ágio, ocorreram no ano de 2000, enquanto os Autos de Infração foram lavrados em outubro de 2006, ou seja, depois de decorridos mais de cinco anos da apuração do ágio. Desse modo, uma vez que as exigências referentes aos anos-calendário de 2001 a 2004 são mera decorrência dos atos praticados em 2000, já decaído, deveriam ser canceladas.

Posto isso, a controvérsia preliminar destes autos cinge-se em saber qual a data inicial para contagem do prazo decadencial do ágio, se **(i)** na data em que ocorre a aquisição de participação societária, **(ii)** na data da incorporação que permite legalmente o início da amortização do ágio, ou **(iii)** na data de sua primeira parcela amortizada. E, mais do que isso, consiste em saber se os atos societários perpetrados pela contribuinte, cujos valores foram contabilizados a mais de cinco anos, podem ou não ser revistos pela fiscalização, se causarem reflexos na contabilidade atual.

No mais, parece claro que ao caso aplica-se o artigo 150, § 4º do CTN. Como se sabe, os tributos sujeitos ao lançamento por declaração impõe ao fisco a necessidade de ulterior homologação do lançamento, como atividade exercida pelo sujeito passivo. Por conta disso, quando o contribuinte efetua pagamento antecipado, conta-se o *dies a quo* do prazo quinquenal a partir da ocorrência do fato gerador.

Pois bem.

O artigo 114 do CTN estabelece como fato gerador da obrigação principal "*a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*"

Logo, está claro que para a ocorrência do fato gerador da obrigação é necessário: **(i)** a situação de fato e **(ii)** a norma aplicável ao fato.

Sobre o conceito de fato gerador, diversos doutrinadores já se debruçaram e apresentaram suas críticas. Paulo de Barros Carvalho assevera que esse termo é acompanhado de enorme vício de linguagem já que alude, em um só tempo, a duas realidades distintas, quais

são: **(i)** a descrição legislativa do fato que faz nascer a relação jurídico tributária; e **(ii)** o próprio acontecimento relatado no antecedente da norma individual e concreta do ato de aplicação.

Assim, essa expressão pode parecer, em princípio, um obstáculo de ordem semântica, mas não deve, contudo, dificultar nossa análise.

É necessário, apenas, ter em mente que, em virtude da nossa legislação, o "fato gerador" deve ser encarado como o momento em que ocorre a subsunção do fato à norma.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 116 do CTN define quando se considera ocorrido o fato gerador. Vejamos:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

A situação de fato é aquela concretizada no nível das realidades materiais, também chamada de "mundo fenomênico". Essa situação de fato, se relatada no antecedente de uma norma individual e concreta, fará irromper o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência (efeitos), podendo ser então chamada de situação jurídica.

Com relação a este dispositivo em específico, o citado doutrinador Paulo de Barros Carvalho tece algumas considerações que confio serem pertinentes à nossa análise. Dessa forma, passo a transcrever:

Da forma como prescreveu (o art. 116), parece até admitir que existam conjunturas de fato, disciplinadas pelo direito, mas que, mesmo assim, não podem ser consideradas situações jurídicas.

É de ciência certa a afirmação de que uma circunstância de fato, prevista em norma do direito positivo, será sempre um fato jurídico, quer em sentido largo, quer em acepção estrita, pois consiste num acontecimento, em virtude do qual as relações de direito nascem e se extinguem, no conceito de Clóvis Beviláqua. E não nos deparamos, ainda, com a discordância de qualquer autor, no que repita a esse ensinamento. Sobre ele há absoluta unanimidade. (pg. 271, Curso de Direito Tributário, 13. ed. rev e atual. -São Paulo: Saraiva,2000.)

Pretendeu-se demonstrar com a passagem transcrita que, tanto a situação do inciso I do art.116, quanto a do inciso II constituem situações jurídicas tecnicamente falando, pois inexistem conjunturas de fato disciplinadas pelo direito que não possam ser consideradas situações jurídicas.

Com efeito, podemos assinalar que o fato gerador do ágio, tratando-se de situação jurídica, considerar-se-á ocorrido, desde o momento em que esteja definitivamente constituído, nos termos de direito aplicável.

Noutras palavras, acerca da subsunção do conceito de fato ao conceito de norma é possível dizer que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária, construção de linguagem prescritiva geral e abstrata).

Passo então a analisar os desenhos normativos aplicáveis à hipótese.

A primeira observação a ser feita é de que os ágios e deságios fazem parte do regramento do sistema de avaliação de investimentos permanentes em pessoas jurídicas controladas e coligadas, que se denomina “método da equivalência patrimonial” (MEP), instituído no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº. 6404/1976.

Muito embora esse método tenha surgido com a lei societária, essa lei limitou-se a determinar os casos em que ele é obrigatório e não há nela uma só palavra relativa a ágio ou deságio no MEP.

Ágio e deságio são entes que surgiram expressa e especificadamente no ordenamento pelas leis fiscais, precisamente, com o advento do Decreto-lei nº. 1598/1977, nos art. 20 e seguintes.

Nessa toada, vejamos como o Decreto-lei nº. 1598/1977 regulamenta o assunto:

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.

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

Parágrafo 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.

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

Assim é que, face a mandatária redação do art. 20 (“deverá, por ocasião da aquisição”) quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição também é obrigatório o desdobramento do respectivo custo.

Posteriormente, em virtude do art. 8º, letra “a”, da Lei nº. 9532/1997, o mesmo desdobramento se torna obrigatório para os investimentos não sujeitos ao MEP, nos casos de pessoas jurídicas que passem por processos de reorganização societária previstos nessa lei, senão vejamos:

Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 26 de dezembro de 1997:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'a' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, 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 parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1589, 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 parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea 'b' do parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.

Sendo assim, o desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio ou deságio não é uma conveniência do contribuinte, já que a lei expressamente o obriga a proceder à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

Ora, entendendo com isso, estarmos diante da precisa subsunção do fato à norma.

Tanto na participação societária (no caso de empresas obrigadas ao MEP), quanto na ocorrência dos eventos de incorporação, fusão ou cisão (no caso de empresas não obrigada ao MEP) verifica-se uma situação de fato que se subsume a uma norma jurídica tributária posta.

Ambas as situações estão relatadas no antecedente de uma norma individual e concreta, e, portanto, desde o momento em que estejam definitivamente constituídas considera-se ocorrido o fato gerador.

Forçoso concluir que, o fato gerador (entendido como subsunção do fato à norma) do ágio ou deságio para empresas obrigadas ao MEP ocorre no momento em que definitivamente concluída a aquisição de participação societária, quando nasce legalmente a obrigação de se desdobrar o preço pago.

É nessa situação em que o fato (aquisição de participação societária) subsume a norma do art. 20 e produz efeitos, obrigando o contribuinte a contabilizar o ágio ou deságio e seu fundamento econômico.

Na data em que a aquisição de participação societária de fato ocorre - quando consignada a tradição das mesmas - é que nasce o ágio a ser registrado contabilmente.

Lembrando que o contribuinte poderá tornar-se obrigado ao MEP em razão da própria aquisição de participação societária. Nesses casos, se na data da aquisição de participação societária a empresa tornar-se obrigada pela legislação vigente a registrar o investimento adquirido pelo MEP, estará consequentemente obrigada a desdobrar o preço pago, e, assim, diante do fato gerador do ágio ou deságio.

Na mesma linha de raciocínio, o fato gerador (entendido como subsunção do fato à norma) do ágio ou deságio para empresas até então não obrigadas ao MEP ocorre no momento em que definitivamente concluídos os eventos de incorporação, fusão ou cisão, quando nasce legalmente a obrigação de registrar o ágio ou deságio apurado e o seu fundamento.

A propósito, cabe lembrar, aqui, que o ágio ou deságio nada mais é que a diferença entre o valor pago e patrimônio líquido adquirido, portanto, efeito oriundo do desdobramento do pagamento realizado. Daí porque sua origem está intrinsecamente relacionada à ocorrência da situação de fato que, em virtude de norma jurídica tributária, obrigue o contribuinte a desdobrar contabilmente o pagamento realizado.

O ágio existe no momento em que sua contabilização torna-se obrigatória por força de lei, seja em razão de aquisição de investimento, seja em razão dos eventos de incorporação, fusão ou cisão.

Há mais uma observação relevante a ser feita, apontada em estudos por Ricardo Mariz de Oliveira que, no mais das vezes, é simplesmente ignorada por alguns intérpretes ou aplicadores da lei: a finalidade legal do desdobramento do custo de aquisição, com a determinação de ágio ou deságio.

A disposição mandatória das leis supracitadas tem como finalidade o desdobramento do preço pago para apuração de ágio ou deságio, tanto porque algumas espécies de ágio podem ser amortizadas fiscalmente, senão porque a amortização de deságio é sujeita à tributação.

Logo, se estamos diante de uma norma jurídico-tributária que impõe obrigação principal, quando se trata de deságio, o conteúdo da norma representa uma imposição tributável.

Ou seja, é nesse momento que o Fisco deve avaliar se a contabilização do ágio ou deságio está correta, de forma a exigir ou não, dependendo do caso, a cobrança do imposto sobre a base tributável.

Assim, tanto o valor apurado de ágio ou deságio como a natureza do ágio registrado na contabilidade devem ser avaliados no momento em que verificada a situação de fato que imponha a incidência dos dispositivos legais supramencionados e o consequente desdobramento do preço pago.

A relação jurídico-tributária de crédito, no caso do ágio, está sujeita à homologação pelo Fisco desde o momento em que o contribuinte desdobra o preço pago.

Nesse passo, nem se alegue que o fato gerador do ágio ocorre com a sua amortização, já que a ocorrência do ágio elemento contábil nada tem a ver com a possibilidade de amortização do mesmo.

A concessão de vantagens fiscais, quando se trata de determinados tipos de ágio, não pode ser encarada como finalidade da norma que institui decomposição mandatória do preço pago. A possibilidade de estarmos diante de base tributável é que justifica a necessidade de decomposição do preço pago.

Mesmo porque, como a própria norma dispõe, o contribuinte "poderá" amortizar o ágio pago cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/1977 e "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. 1.598/1977.

Voltando ao caso concreto, verificamos que a Bitel estava obrigada ao MEP no ano-calendário 1998 e 1999, em virtude da aquisição de participação societária na TNC, por força do que dispunha o art. 248 da Lei nº. 6404/1976. Vejamos a redação do artigo há época:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício;

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

Ou seja, no momento em que a Bitel adquiriu participação societária na TNC, passou a ser sua controladora. Com isso, viu-se legalmente obrigado a registrar sua participação na TNC pelo MEP, com o desdobramento do preço pago (conforme dispõe o art. 20 do Decreto-lei nº. 1598/1977).

Sendo assim, o ágio pago pela Bitel nasceu nas datas da aquisição de participação societária da TNC – **em julho/1998 e fevereiro/1999**.

É de se convir que a partir dessa data os fatos passaram ao conhecimento da autoridade fiscal e a partir desse momento já era possível proceder ao lançamento ou questionamento acerca da fundamentação do ágio registrado.

Diante disso, não poderia ser questionado o ágio em análise, já que decorridos mais de 5 anos entre o seu surgimento (**julho/1998 e fevereiro/1999**) e a ciência dos autos de infração (**30/10/2006**).

Outrossim, e por consequência de ser assim, o entendimento jurisprudencial deste Conselho é no sentido de que a adição de valores futuros tidos como indedutíveis a períodos passados e alcançados pela decadência não pode ser admitida, já que se equipara a lançar valores naquele período. Vejamos algumas decisões nesse sentido:

DECADÊNCIA - ALTERAÇÃO DO SALDO DE PREJUÍZO - GLOSA NO APROVEITAMENTO - A contagem do prazo legal de decadência para que o fisco altere o valor do saldo de prejuízo fiscal deve ter início no período em que o prejuízo fiscal foi apurado e não o período em que o prejuízo fiscal foi aproveitado na compensação com lucro líquido. DECADÊNCIA - CONTAGEM DE PRAZO - REALIZAÇÃO MÍNIMA DO LUCRO INFLACIONÁRIO - APLICAÇÃO DA SUMULA N. 10 - O prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo ao lucro inflacionário diferido é contado do período de apuração de sua efetiva realização ou do período em que, em face da legislação, deveria ter sido realizado, ainda que em percentuais mínimos.

Na íntegra: (...) No que diz respeito à glosa do prejuízo fiscal, sustentou a recorrente que o prejuízo foi efetivamente apurado a maior em decorrência de erro no cálculo do seu valor em 1997, em função de ter sido a ele adicionado também o montante do prejuízo não operacional, adição essa que a recorrente reconhece ser vedada pelo disposto no artigo 511 do Regulamento do Imposto de Renda.

Ocorre que essa adição não poderia ser questionada pela fiscalização em função do decurso do prazo decadencial. Com efeito, o valor do prejuízo fiscal, compensado a maior nos anos calendário de 2001 e 2002, foi apurado no ano calendário de 1997. Como o auto de infração foi lavrado em 07 de dezembro de 2005, já teria ocorrido a decadência do direito de o fisco revisar os valores em questão.

(...)Tenho para mim que a razão está com a recorrente. Isso porque, a meu ver, a decadência é algo que atinge todo o conjunto de informações que compuseram a atividade do lançamento efetuado em determinado período e que consta nos livros e documentos que integram a escrituração fiscal da empresa.

O período atingido pela decadência, portanto, toma imutáveis os lançamentos feitos nos livros fiscais, não podendo ser mais alterados, seja pelo fisco, seja pelo contribuinte.

(...) Essa questão, aliás, não é nova na jurisprudência administrativa. Vários precedentes já foram apreciados e o entendimento desta Corte é no sentido sustentado pela recorrente. Assim, é firme a orientação jurisprudencial que a contagem do prazo decadencial deve ter início na data em que o prejuízo é apurado. A partir dessa data, tem o fisco cinco anos para verificar os critérios utilizados na quantificação do valor do prejuízo e questionar a forma como ele foi apurado. Passado esse prazo, o fisco não pode mais glosar o valor compensado. (Acórdão 108-09.621, Relator João Francisco Bianco, DOU em 07.11.2008).

RECURSO EX OFFICIO — DECADÊNCIA — EFEITOS — O alcance das regras de decadência previstas no CTN, não só obsta o direito de o Fisco constituir o crédito tributário de período já precluso, como também, o de alterar informações e valores registrados em livros contábeis e fiscais, já alcançados pela homologação tácita.

Homologado o crédito, por já estar extinto o direito de lançar pelo decurso de prazo previsto no CITY; homologada está toda a atividade praticada pelo contribuinte, vale dizer, todo o conjunto de informações contábeis e fiscais que a orientaram. (Acórdão 101-96.265, Relator Paulo Roberto Cortez, DOU em 06/03/2008).

DECADÊNCIA - AJUSTES NO PASSADO COM REPERCUSSÃO FUTURA - DECADÊNCIA - Glosar no

presente os efeitos decorrentes de valores formados no passado só é possível se a objeção do fisco não comportar juízo de valor quanto ao fato verificado em período já atingido pela decadência. (Acórdão 107-07.819, Relator designado Natanael Martins, DOU em 01.04.2005).

IRPF - REVISÃO DO PREJUÍZO FISCAL - COMPENSAÇÃO - A Fazenda Nacional tem o prazo de cinco anos para rever o prejuízo fiscal apurado e adequadamente declarado. Incabível a glosa da compensação do prejuízo que, oportunamente, não foi revisto pela autoridade competente. Preliminar acatada. (Acórdão 102-46.305, Relatora Maria Goretti de Bulhões Carvalho, DOU em 10/09/2004).

IRPF - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - CUSTO DE AQUISIÇÃO - O custo de aquisição de participação societária alienada, constante da declaração anual de ajuste do exercício de 1992, tempestivamente apresentada, não é passível de contestação, presente a decadência, prevalecendo, se maior, sobre outro que venha a ser apurado pelo fisco.

Na íntegra: (...) Trata-se de lançamento de ofício do imposto de renda de pessoa física fundado em ganho de capital em alienação de participações societárias ocorridas em 1995, cuja tributação foi diferida para as datas dos efetivos recebimentos dos valores, fls. 03.

(...) No que respeita a custo de aquisição, presente a decadência, a fiscalização não poderia questionar valores de mercado constantes da DIRPF/92, como ressaltado pela autoridade recorrida. (Acórdão 104-18.701, Relator Roberto William Gonçalves, DOU em 03/09/2002).

CSLL - BASE NEGATIVA - AJUSTES NO PASSADO COM REPERCUSÃO FUTURA - DECADÊNCIA - Adicionar valores tidos como indedutíveis em um determinado período, provocando a diminuição do saldo de base negativa, embora resultando em efeitos futuros, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele período já atingido pela decadência. Vedação.

Na íntegra: (...) No caso presente, o auto de infração foi lavrado em 24/06/99; portanto, em princípio, o último período passível de ser alcançado por lançamento de ofício seria o período-base encerrado em 31/05/1994.

Embora as exigências refiram-se a fatos geradores a partir de outubro de 1994, tiveram origem em despesas indedutíveis de empresa incorporada, relatadas pelo fisco como falta de adição à base de cálculo da CSLL nos meses de fevereiro a novembro de 1993 de depósitos judiciais da COFINS, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.541/92.

A redução indevida, ou falta de adição ao lucro líquido, no dizer do fisco, não originou exigências tributárias nos períodos em

que ocorridas, por ter a empresa, até setembro de 1994, saldo anterior de bases negativas da CSLL que foram aproveitadas de ofício.

Sobre esse tema - fatos que nascem ou se formam em um período e repercutem em períodos subseqüentes - já expressei minha opinião em voto que proferi nesta Câmara que deu origem ao Acórdão 107-06061.

Lá como aqui, é preciso ter-se presente que adicionar valores tidos como indedutíveis em um determinado período, provocando a diminuição do saldo de base negativa, embora resultando em efeitos futuros, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele período já atingido pela decadência.

Com efeito, a redução do resultado negativo de um período, ou o aumento do resultado positivo, pela adição de despesa, se vinculada à formação de juízo sobre a dedutibilidade ou não do dispêndio apropriado, inserindo-se, portanto, no campo do lançamento de ofício. (Acórdão 107-06.572, Relator Luiz Martins Valero, DOU em 21/06/2002)

DECADÊNCIA — ALTERAÇÃO DO SALDO DE PREJUÍZO — GLOSA NO APROVEITAMENTO — *Existindo erro na apuração do prejuízo fiscal, o prazo legal da abrangência da decadência deve considerar o período em que o prejuízo fiscal foi apurado e não o período em que o prejuízo fiscal foi aproveitado na compensação com lucro líquido. (Acórdão 108-06.921, Relator José Henrique Longo, em 17/04/2002).*

DECADÊNCIA – IRPJ – PREJUÍZOS FISCAIS – GLOSA DE DESPESAS - *O direito de a Fazenda Pública constituir exigências tributárias relativas ao imposto de renda das pessoas jurídicas, extingue-se após cinco anos da ocorrência do fato gerador, de acordo com o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN. A glosa de despesas, ainda que implique apenas em redução de prejuízos fiscais, por comportar juízo de dedutibilidade, não provada a existência de fraude ou simulação, está impedida pelo decurso do prazo decadencial referido.*

Na íntegra: (...)Como já acenado, em todas as hipóteses acima consideradas há um elemento uniforme, qual seja, tem-se um fato pretérito que se integra aos resultados apurados nos exercícios seguintes. Vale dizer, a repercussão atual tem origem e representa a continuação dos fatos verificados no passado. Portanto, tais fatos devem ser examinados sob duas perspectivas: no passado, no tocante à formação; no futuro, no que tange às repercussões fiscais decorrentes da efetiva apropriação.

O trabalho fiscal, nesses casos, pode examinar a formação pretérita do fato, mas não deve extrair e atribuir repercussão fiscal aos exercícios já protegidos pela decadência. O possível ajuste na formação desse fato, neste contexto, deve repercutir no

exercício subsequente, vale dizer, no momento da sua efetiva apropriação. Há, assim, um perfeito equilíbrio, pois o lançamento de ofício não invade exercício já atingido pela preclusão administrativa, como também o fato não repercute no futuro com uma formação distorcida. (...)

Essas premissas, como não poderia ser diferente, devem nortear o exame da compensação do prejuízo fiscal. Todavia, neste particular, é preciso ter-se presente que reduzir o valor do prejuízo apurado, mediante a impugnação de valores apropriados ao resultado do período de sua formação, na prática, equívale a efetuar um lançamento de ofício naquele exercício. Com efeito, a redução do prejuízo fiscal de um período, se vinculada à formação de juízo sobre a dedutibilidade ou não de um dispêndio lá apropriado, ou sobre a falta de tributação de uma receita ou ganho havido no período da sua formação, insere-se, portanto, no campo do lançamento de ofício.

(...) Submisso às premissas colocadas e para reforçar a coerência necessária, diferente seria o tratamento quando o fisco recalcular lucro inflacionário em períodos já atingidos pela decadência, constatando, em função da ação fiscal, que o contribuinte teria realizado valores menores que o mínimo exigido nesses períodos. Ocorrendo essa hipótese entendemos que deve o fisco considerar como se realizado fosse o mínimo exigido para esse período, evitando-se assim a transferência da tributação suplementar não mais possível para períodos posteriores ainda não atingidos pela decadência.

Ainda nesse ponto, mas agora analisando os reflexos na recomposição do lucro real dos períodos afetados pelo recálculo do lucro inflacionário passível de diferimento, tendo em vista as premissas já referidas, não podem ser aceitas as glosas efetuadas pela fiscalização no valor excluído do lucro real, a título de lucro inflacionário diferido, nos anos de 1991 e 1º semestre de 1992.

Reduzir aquelas exclusões implicam na redução dos prejuízos fiscais apurados pela empresa naqueles períodos (=lançar, como visto), o que não é mais possível face ao decurso do prazo decadencial. (Acórdão nº : 107-06.061, Relator Luiz Martins Valero, DOU em 28/03/2001)

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - EXERCÍCIOS DE 1989 E 1990 - Incabível a glosa da compensação de prejuízo com o lucro real obtido em determinado exercício, quando o referido prejuízo, apurado na demonstração do lucro real, não tiver sido objeto de revisão por parte da autoridade lançadora no prazo decadencial. Recurso provido.(Acórdão 103-18.623, Relator Cândido Rodrigues Neuber, em 14/05/1997).

Que fique claro que, em virtude da íntima relação de interdependência entre períodos de apuração, eventual glosa realizada pelo fisco não poderá refletir na composição de bases de cálculo em anos-calendário anteriores já atingidos pela decadência.

Como bem se percebe de alguns julgados transcritos, a problemática ora enfrentada também é verificada, por exemplo, no âmbito das compensações de bases negativas de IRPJ e CSLL, quando se torna necessário saber se o fisco pode efetuar ajustes nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL relativas a períodos passados (atingidos pela decadência), mas que repercutem nos créditos pleiteados pelos contribuintes em períodos futuros (ainda não decaídos).

Com todo respeito às opiniões divergentes, é incabível dizer que a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário ocorre com a compensação do saldo negativo (e não com a sua apuração), ou com a amortização do ágio (e não com a sua apuração).

Isso porque, tratam-se de efeitos futuros continuados de ato pretérito. Não pode o Fisco alterar informações e valores da contabilidade já alcançados pela homologação tácita.

A esse propósito, é necessário fazer constar que, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao enfrentar a problemática da contagem do prazo decadencial de base negativa de CSLL (Acórdão 401-05.873), muito embora tenha decidido que entre a formação da base de cálculo negativa e seu aproveitamento poderá transcorrer mais de cinco anos, sem que se possa alegar decadência do direito de constituir o crédito tributário, deixou consignado que assim seria, pois a fiscalização, na ocasião, não efetuou qualquer juízo de valor no tocante à formação do saldo de base de cálculo negativa, restringindo-se a refazer o histórico dos valores declarados pelo contribuinte e os cálculos inerentes à apuração do saldo a compensar nos anos seguintes.

Reforça-se, com isso, o entendimento que adoto para decidir que não é possível retroagir no tempo para, após cinco anos, alterar os lançamentos contábeis do sujeito passivo.

É exatamente o caso dos autos, no qual a fiscalização, avaliando procedimento adotado na contabilização do ágio, desconsiderou os registros contábeis da contribuinte, embora essa apuração já estivesse alcançada pela decadência.

Não é demais ressaltar que ao disciplinar o procedimento de amortização, as Leis nº 9.532/1997 e 9.178/1998, não estabeleceram qualquer regra demarcando os limites temporais em relação aos quais o Fisco poderia retroceder no tempo, para verificar se o contribuinte efetivamente faz jus à amortização do ágio.

Entretanto, a omissão não deve ser entendida como apta a permitir que o Fisco retroceda livremente a períodos remotos, com o objetivo de desconstituir despesas com amortização de ágio que entende indevidas. Pelo contrário, a legislação tributária estabelece que o Fisco dispõe de cinco anos a contar do fato gerador para homologar, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo contribuinte.

Um outro ponto digno de nota é que a homologação compreende toda atividade realizada pelo contribuinte em substituição à autoridade fiscal, desde o procedimento de apuração de débitos e créditos tributários até seu pagamento.

Prova disso é que o resultado pode ser deficitário, nulo ou superavitário e, ainda assim, as autoridades fiscais têm o dever de avaliar a apuração levada a cabo pelo contribuinte.

Esse entendimento, aliás, harmoniza-se com aquele sempre adotado pela CSRF, segundo o qual:

O que o CTN homologa é o procedimento, a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo. Se o citado § 4º do art. 150 homologasse apenas o pagamento teria dito “homologado o pagamento” e não “homologado o lançamento”, como diz o texto do citado parágrafo do art. 150 da lei complementar. (Acórdão 9101-00.169 da 1ª Turma da CSRF, no DOU de 15/06/2009).

Por isso, em síntese, após o decurso do prazo decadencial, não cabe à fiscalização homologar ou deixar de homologar a apuração tributária do sujeito passivo, incluídos, claro, fatos que nascem ou se formam em um período e repercutem em períodos subsequentes.

Pelo exposto, **voto no sentido de acatar a preliminar de decadência** levantada pela Recorrente para entender que não poderiam ser questionados os atos praticados nos anos-calendário 1998, 1999 e 2000.

Vencido quanto à decadência do ágio, enfrento a preliminar de decadência das exigências de CSLL referentes aos anos-calendário de 1998, 1999 e 2000 e o mérito.

Decadência - CSLL anos-calendário de 1998, 1999 e 2000

O Supremo Tribunal Federal, como se sabe, julgou inconstitucional o artigo 45 da Lei nº. 8.212/91, que havia estabelecido o prazo de 10 anos de decadência para contribuições (Súmula Vinculante nº. 08, DOU de 20/06/2008).

Dessa forma, considerando **(i)** que a ciência dos autos de infração ocorreu em **30/10/06**, **(ii)** a apuração pelo Lucro Real anual, **(iii)** afastada a hipótese de dolo, fraude ou simulação (as alegações de abuso de direito não prosperam, conforme esclarecimentos dos itens a seguir), **(iv)** que existem pagamentos de CSLL no ano-calendário 2000 registrados na DIPJ/2001 (fl. 150/167 – Anexo XXI) da empresa Telp Celular S/A (antiga denominação de Tim Nordeste Telecomunicações S/A sucedida pela Recorrente), encontram-se decaídas as exigências de CSLL relacionados aos anos-calendário de 1998 a 2000, conforme art. 150, § 4º do CTN.

Assim, devem ser canceladas as exigências de CSLL relacionadas aos anos-calendário 1998, 1999 e 2000, alcançados pela decadência.

MÉRITO

INFRAÇÃO 1 - Apropriação de despesa não dedutível de amortização de ágio

Não é matéria controversa nos autos a existência, a grandeza e a natureza (por rentabilidade futura) do ágio registrado pela Bitel, em razão da aquisição de participação societária na empresa TNC, em leilão de desestatização do Sistema Telebrás.

Da mesma forma, não se contesta que houve uma compra e venda entre partes não-relacionadas (Bitel x União e UGB), com pagamento de valor que supera aquele registrado no patrimônio líquido.

A questão controvertida, reside no conjunto de operações realizada posteriormente pelas empresas sucedidas pela Recorrente, que, no entender da fiscalização e da DRJ, tiveram como objetivo exclusivo transferir o ágio para a Recorrente e possibilitar a sua amortização, em abuso de direito contra a Administração Fiscal, a autorizar a desconsideração dos atos praticados.

Merece razão a Recorrente.

Para que se considere efetivamente ocorrido o evento causador do ágio ou do deságio é imprescindível a existência de substrato econômico e propósito negocial. Ainda que o propósito negocial seja a própria redução da carga tributária, a operação deve estar apta a ser considerada efetiva, sendo necessário, dentro outros elementos, o dispêndio econômico ou patrimonial por parte do adquirente e o ganho econômico ou patrimonial do alienante. Sem essa troca de riquezas não há que se falar em alienação.

Em decorrência disso, não são admitidos ágios internos, originários de operações entre partes ligadas, ou ágios decorrentes de operações simuladas, dissimuladas ou que de qualquer forma representem abuso de direito.

Ademais, para que o ágio possa ser amortizado, é necessário ser demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Nessa linha de raciocínio, esta Egrégia Turma firmou entendimento no sentido de que, a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº. 9.532/97, deve atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, essas premissas básicas foram cumpridas.

O ágio em questão decorre de operação efetiva e real de aquisição de participação societária, realizada entre partes independentes (União e UGB x Bitel), tendo havido o efetivo pagamento do preço, fatos incontroversos e reconhecidos no relatório fiscal.

Destarte, o laudo de avaliação e demonstração da expectativa de rentabilidade futura da TNC não passou por qualquer crivo da fiscalização. Logo, não cabe a este Relator questionar os aspectos técnicos do aludido laudo, se isso não foi feito pela fiscalização.

Nesse diapasão, é necessário distinguir, de uma vez por todas, as análises que devem ser feitas na verificação da legitimidade dos ágios amortizados pelos contribuintes em geral. O ponto primordial de atenção e análise diz respeito à sua formação. O segundo ponto, de relevância secundária, diz respeito ao caminho escolhido para efetuar/tornar possível a sua dedução fiscal.

Em análises como estas, para efeitos de verificação da legitimidade do ágio pago, o que interessa, especialmente, é a formação do ágio. Significa que *(i)* deve ter ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital, *(ii)* em operação que envolva partes independentes, *(iii)* lastreadas em expectativa real de rentabilidade futura. Uma vez diante de tais requisitos, é claro que o ágio pago possuirá fundamento e poderá ser amortizado.

Agora, o segundo ponto, não deve interferir na análise da legitimidade do ágio registrado. Ou seja; as operações subseqüentes que permitirão ao contribuinte amortizar o ágio registrado, desde que se tratem de operações lícitas e legalmente previstas pelo nosso ordenamento jurídico, não tem o condão de desconstituir a natureza de um ágio legítimo.

Nessa toada, convém sublinhar, que a utilização de empresa veículo, por si só, não é capaz de indicar qualquer irregularidade na constituição do ágio, já que, em inúmeras situações se verifica a necessidade da criação de uma empresa veículo que viabilize as operações e reestruturações societárias.

Equivoca-se o Fisco ao afirmar que o ágio decorrente da operação em questão não poderia ser amortizado pela Recorrente, em razão da reorganização societárias realizadas posteriormente pelo Grupo TIM, cujas etapas vale relembrar:

- 1) a participação acionária na TNC é vertida para a empresa veículo 1B2B;
- 2) TNC incorpora a 1B2B;
- 3) TNC é cindida mediante versão de parcelas de seu patrimônio e do ágio para as sociedades operadoras Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe;
- 4) Telpe (antiga denominação da Recorrente) incorpora as sociedades operadoras Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa.

Conforme esclareceu a Recorrente, diversos motivos justificam o modelo de reestruturação e a estrutura adotada pelo Grupo TIM no momento da aquisição da TNC:

1) Abuso de poder de controle: A prática de operação na forma descrita acarretaria prejuízo aos minoritários, violando normas societárias, pois, como a Bitel adquiriu o controle mediante a assunção de passivo para com a União, a incorporação implicaria que referida dívida de interesse exclusivo do controlador fosse atrelada ao próprio negócio e suportada pela sucessora, prejudicando os demais acionistas, com reflexo patrimonial negativo a todos os minoritários. Em consequência, a amortização do ágio pela aquisição de controle de TNC reduziria o seu próprio resultado, diminuindo os dividendos pagos aos minoritários.

2) A operação acima descrita, se implementada, violaria o art. 117, § 1º, “b”, da Lei das S/A e os arts. 15 e 16 da Instrução CVM nº. 319/99. Como consequência, os controladores ficariam obrigados a indenizar a TNC pelos danos causados (Lei das S/A, art. 246) e sujeitos às penalidades previstas na Instrução CVM nº. 319/99 e nos incisos III e VIII do art. 11 da Lei nº. 6.385/76 (caracterização de exercício abusivo de poder de controle).

3) Perda do poder de controle – Violação à Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº. 9.472/97): Caso a Bitel incorporasse a TNC, o controlador da Bitel perderia a participação na maioria absoluta do capital, na medida em que seria emitido um número inferior de ações em substituição a esse bloco, em comparação com a participação antes detida pela Bitel, por conta da transferência do passivo pela aquisição do controle, resultando assim numa participação inferior a 50% do capital para tal bloco de acionistas. Isso, além de não ser do interesse empresarial do controlador, implicaria violação ao art. 202 da LGT que veda a transferência do controle das operadoras nos cinco anos seguintes ao de aquisição.

4) Participação do capital estrangeiro de forma direta em operadora de telefonia: Caso Bitel, TNC e as operadoras de telefonia fossem reunidas em uma só sociedade, a controladora da pessoa jurídica resultante passaria a ser sociedade não residente. A medida configuraria transgressão ao Decreto 2.617/98 (art. 1º), que impõe a obrigatoriedade de que a detentora da maior parte do capital de concessionária de serviços de telecomunicação seja residente no Brasil.

5) Transferência de outorgas de serviços concedidos com inobservância das determinações da ANATEL: Para a Agência, a reunião de concessionárias do serviço de telecomunicação celular em uma só empresa somente poderia ocorrer 5 anos após a entrada em vigor da LGT, pois caracterizaria transferência dos contratos de concessão do SMC. Tanto que a reunião de operadoras de celular só foi admitida quando da edição de ato que as incentivava a migrarem do SMC para o SMP (Resolução ANATEL 254/01, item 7.2.1).

Logo se vê que, para que pudesse haver o aproveitamento fiscal do ágio sem desrespeito às normas acima apontadas, o Grupo TIM deveria proceder de uma forma tal que a incorporadora e as incorporadas detivessem o ágio sem, contudo, implicar manutenção da dívida relacionada com a aquisição da participação societária e a transferência o controle de TNC.

Foi exatamente o que se deu com a reestruturação societária levada a cabo que, por fim, também criou uma estrutura mais racional e condizente com os negócios da Recorrente.

Assim sendo, a utilização da 1B2B para receptionar as ações da TNC, no contexto da operação analisada, revelou-se necessária, não podendo ser enquadrada como abuso de direito, sem motivação negocial, sem causa aparente, ou de qualquer forma simulatória.

Portanto, o Grupo TIM, diante de um ágio legítimo, utilizou-se da estrutura societária que mais lhe apreciava, conforme opções oferecidas pelo ordenamento jurídico.

A legitimidade do ágio registrado face à expectativa de rentabilidade futura da TNC é indiscutível, pois não se trata da hipótese de ágio interno ou que de qualquer forma possua vício na sua formação.

Além disso, a utilização da 1B2B na reorganização societária não foi determinante para a formação do ágio ou para o seu aproveitamento, já que o mesmo resultado - direito à amortização fiscal do ágio - poderia ter sido atingido por outros meios.

Atendido o programa de desestatização, a Bitel poderia simplesmente incorporar TNC e as operadoras de telefonia, ser incorporada por TNC (da mesma forma que as operadoras) ou ainda ser incorporada por uma das operadoras (que aglutinaria também as demais empresas de telefonia e TNC). Em qualquer dos cenários descritos, a amortização do ágio seria inquestionável - o que foi reconhecido pela própria fiscalização - e os propósitos da Lei 9.532/97 seriam alcançados.

Aliás, como visto, era objetivo do Grupo TIM reunir todas as sociedades (a própria Bitel, TNC e as seis operadoras) em uma só pessoa jurídica operacional. Almejava-se, com isso, simplificar a estrutura societária (tornando-a mais atrativa para investidores do mercado de ações de companhias abertas) e obter ganhos de escala (redução dos custos comuns), de modo a torná-la mais eficiente e lucrativa.

No entanto, a implementação da operação nas formas descritas acima, como aduzido, representaria:

- 1) Transgressão à Lei das S/A - por abuso de poder de controle (art. 117, § 1º, “b”);
- 2) Transgressão à Lei Geral de Telecomunicações - por perda de controle (art. 202);
- 3) Transgressão ao Decreto 2.617/98, que dispõe sobre a participação do capital estrangeiro em prestadora de serviços de telecomunicação - impondo a obrigatoriedade de ser mantida a holding brasileira para deter os investimentos nas empresas de telecomunicações nacionais (art. 1º); e
- 4) Transgressão às determinações da ANATEL - a reunião de concessionárias de telefonia celular em uma só sociedade, mediante fusão, cisão ou incorporação caracterizaria, na visão da Agência, transferência dos contratos de concessão do Serviço Móvel Celular – SMC (o que só passou a ser admitido com a Resolução ANATEL 254/01).

A estrutura adotada permitiu, ao mesmo tempo, remanescer com uma só empresa operacional na região Nordeste, atendendo aos propósitos de simplificação da estrutura societária e obtenção de ganhos de escala.

Tais verificações, reforçam a constatação de que a utilização da empresa veículo foi uma opção do Grupo TIM, levada a efeito por questões operacionais e societárias, sem a geração de qualquer vantagem fiscal indevida, o que por si só é suficiente para afastar qualquer alegação de abuso de direito.

Ao invés de frustrar as normas fiscais, alcançou-se a finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, que, como se sabe, garante aos adquirentes das empresas privatizadas a fruição do benefício fiscal que serviu de incentivo para que oferecessem propostas maiores.

Impedir operações estruturadas dessa forma, seria impor aos contribuintes que adotem sempre as operações mais onerosas e burocráticas, o que não merece qualquer respaldo, por ausência de sustentação jurídica.

Ressalte-se que, os efeitos buscados pela Recorrente eram os efeitos próprios dos atos praticados: adquirir a participação da TNC com ágio, por meio da Bitel e depois promover a reorganização societária do Grupo, transferindo o ágio para uma única empresa operacional, a Recorrente.

Ou seja, na hipótese de entender-se presente uma operação indireta, a fiscalização deveria ter requalificado os atos para considerar praticada a operação direta – incorporação da TNC pela Bitel. Contudo, no caso concreto, as consequências da operação direta seriam rigorosamente as mesmas: o direito à amortização do ágio pago. Talvez por isso, a fiscalização e a DRJ tenham se furtado de requalificar as operações praticadas.

A vontade do Grupo TIM era efetivamente utilizar a 1B2B, ainda que não tivesse a intenção de perpetuar a empresa, e isso não torna a motivação/causa de sua utilização menos verdadeira. É lícito no nosso ordenamento jurídico, agir motivado pelas normas permissivas do Estado que possibilitem a economia de gastos e impostos, já que o fim último dos empresários é maximizar os lucros.

O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária deve ser aplicado com as devidas ressalvas. Não seria lícito se a alienação do investimento fosse simulada de qualquer forma apenas para gerar o ágio e possibilitar a redução da carga fiscal, mas não se pode dizer, que diante de real alienação do investimento e de ágio perfeitamente formado, que a Recorrente não possa valer-se da opção fiscal menos custosa para efetuar a dedução fiscal do ágio.

Por fim, cabe lembrar, no intuito de frisar novamente que merece ressalvas a interpretação fiscal de que o direito de livre organização dos contribuintes está limitado a motivações extrafiscais, que o conceito de propósito negocial e empresa veículo não constam das nossas leis e não tem qualquer relação, ao menos em princípio, com a amortização fiscal do ágio.

Aliás, vale dizer, que é totalmente coerente, do ponto de vista econômico, que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.

Com efeito, não basta identificar uma empresa de curta duração na reorganização societária para que se considere a amortização do ágio como inválida, mormente

quando, a partir da análise do conjunto de atos praticados, como se fosse um “filme”, verifica-se que:

- 1) O ágio foi gerado em operação original entre partes independentes;
- 2) Houve efetivo desembolso de capital e pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio;
- 3) A lisura na avaliação da TNC, bem como a sua expectativa de rentabilidade futura não foi objeto de questionamento nos autos;
- 4) Houve efetiva mudança de controle acionário, já que a participação acionária da TNC passou da União para o Grupo TIM;
- 5) Houve propósito negocial. Existem diversos motivos autônomos que justificam a realização de cada uma das etapas da operação;
- 6) A utilização de empresa veículo (1B2B) não resultou em aparecimento de novo ágio ou economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo, já que a amortização fiscal do ágio poderia ter sido alcançada por outros meios.

Por tudo isso, a reorganização societária operada pelo Grupo TIM e a transferência, para a Recorrente, do ágio inicialmente registrado pela Bitelo na compra da TNC, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao Fisco.

JURISPRUDÊNCIA

Na prática, temos visto que, é comum que as empresas constituam uma nova empresa com a finalidade exclusiva de adquirir ou transferir um investimento, opção que deve ser respeitada, desde que realizada para fins lícitos e sem qualquer simulação.

No contexto dos processos de privatização, a transferência do investimento adquirido com o respectivo ágio que o acompanhou, foi prática comum não só no setor financeiro, mas em diversos setores (energia, telecomunicações, etc).

Inúmeros casos de ágio foram julgados recentemente pelo CARF e por esta Egrégia Turma. Tais julgamentos avaliaram operações diversas, nos mais particulares aspectos.

Dada a absoluta identidade entre as razões de decidir de alguns precedentes julgados e os fundamentos expostos, serão indicados a seguir alguns julgados proferidos por esta E. Turma e pelas demais turmas deste CARF, que guardam semelhança com o caso que discutimos nestes autos. Nesses casos, como se verá, foi confirmada a regularidade da amortização do ágio na compra de empresa (inclusive no contexto de privatizações) após implementação de reestruturação na qual houve a transferência da investida para nova sociedade, desde que, ao final, o valor deduzido correspondesse ao mesmo montante desembolsado para a sua aquisição:

*1. Acórdão 1301-000.711, Rel. Cons. Valmir Sandri, J: 19/10/11
(Caso “TNL”): “INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE*

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. ABUSO DE DIREITO. A figura de ‘abuso de direito’ pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”.

2. Acórdão 1101-00.354, Rel. Cons. José Ricardo da Silva, J: 02/09/10 (Caso “VIVO”): “há legitimidade na dedução do ágio na aquisição da CRT por aqueles acionistas (membros do consórcio que originou TBS), aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipulou preço inicial fundamentado em rentabilidade futura” (trecho do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa).

3. Acórdão 1201-00.689, Rel. Cons. Rafael Correia Fuso, J: 08/05/12: (Caso “CELPE”): “AQUISICÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99. A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado. Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos. Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos”.

4. Acórdão 1301-000.999, Rel. Cons. Valmir Sandri, J: 07/08/12 (Caso “TERMOPENAMBUCO”): “INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º

DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA - No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

5. **Acórdão 1402-00.802**, Rel. Cons. Antonio José Praga, J: 21/10/11 (**Caso “SANTANDER”**): “No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

6. **Acórdão 1402-00.993**, Rel. Cons. Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, J: 07/08/12 (**Caso “COSESN”**): “AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA - No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

7. **Acórdão 1402-00.409**, Rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto, J: 10/07/13 (**Caso “ENERGISA”**): “INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

8. **Acórdão 1402-001.077**, Voto vencedor Cons. Carlos Pelá, J: 13/06/12 (**Caso “SCIPIONE”**): “DESPESAS COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA. É dedutível a despesa com ágio quando demonstrada nos autos a veracidade da operação e a causa do negócio jurídico, sendo justificável a utilização de ‘empresa veículo’ em face das peculiaridades da operação”.

9. *Acórdão 1102-000.873, Voto vencedor Cons. Antônio Carlos Guidoni Filho, J: 11/06/2013 (Caso “TIM”): “AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PRIVATIZAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES. É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa”.*

A essa altura, para corroborar tudo quanto exposto até aqui, peço *vênia* para transcrever o voto do Conselheiro Antônio Carlos Guidoni Filho, no acórdão nº. 1102-001.077, citado acima, cujas razões de decidir peço *vênia* para adotar como minhas.

Vale notar que, a operação analisada na oportunidade é exatamente a mesma operação aqui analisada (relacionada ao período de 2005), portanto, aplicam-se aqui integralmente os fundamentos e as referências às operações societárias envolvendo as empresas do Grupo TIM.

Com relação à amortização do ágio, o ilustre Relator afirma em seu voto que “o pagamento do ágio, no âmbito do leilão de privatização, é inconteste, ou seja, houve aquisição onerosa, por parte da Bitel Participações S/A, da participação societária na TNC, tanto da parte adquirida diretamente da União, quanto da parte adquirida da UGB Participações S/A, que anteriormente a adquirira da União” e, mais adiante, afirma que:

“não identifico na lei, a priori, nenhuma restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer, a qual, por força de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio. Nem tampouco há restrições a que sejam feitas sucessivas operações societárias desta natureza.”

Baseando-se na doutrina de Marco Aurélio Grego, entretanto, o ilustre Relator ressalta que, para serem oponíveis ao Fisco, as operações societárias ocorridas, que possibilitam o aproveitamento do ágio, deveriam ser “orientadas por legítimos propósitos negociais” (fls. 27 do voto).

A despeito de reconhecer **(a)** que o ágio pago é legítimo e **(b)** que, a priori, a lei não faz restrição a que o ágio venha a ser amortizado por outra empresa em razão de reorganizações societárias, o ilustre Relator mantém o lançamento por não vislumbrar, em *parte* da operação societária, repito, por relevante, em *parte* da operação, propósito negocial para justificá-la.

Por abstração, o ilustre Relator faz um “corte” nas operações relacionadas à Contribuinte e empresa por ela sucedida, dividindo-as em duas partes: (a) a *primeira*, relativa ao leilão, ao pagamento do ágio pela Bitel e a sua transferência para outra empresa (1B2B), se tornando essa (iB2B) holding das operadoras de telefonia (Telepisa, Telecará, Telpe, Telpa, Telasa, Telern); e (b) a *segunda*, inquinada como tendo sido feita por motivos exclusivamente tributários, envolvendo a incorporação da 1B2B pela TNC, que possibilitaria a dedução do ágio, e a cisão parcial desta (TNC) de modo a transferir àquelas operadoras o ativo diferido correspondente ao ágio.

Com a devida vênia, essa não é a melhor forma de observar a questão posta nos autos, isto é, observá-la de forma estática, isolando-se as operações, contrariando o próprio modelo proposto por Marco Aurélio Greco adotado pelo lançamento e pelo ilustre Relator. Em seu festejado livro sobre Planejamento Tributário, Greco assevera que:

“Compreender a realidade (e entender um fenômeno tributário como o da elisão) implica ver e iniciar a interpretação a partir do conjunto e não de cada situação individual ou isolada. Em tema de elisão e planejamento, a interpretação da lei tributária deve levar em conta o “filme”, muito mais do que os fotogramas isoladamente considerados, o que está na base da teoria da step transaction. Compreender esta mudança no ponto de partida da interpretação é entender igualmente a “alegoria do elefante” que relata as incongruências que surgem quando ele é descrito por quatro pessoas que não conhecem tal animal e o encontram no escuro, cada qual entrando em contato com uma parte do objeto. Cada um terá interpretado o objeto e afirmado sua natureza (e construído sua própria “verdade”); ele será uma mangueira d’água (tromba), um leque (orelha), um pilar vivo (perna) ou um trono (dorso), conforme a parte que for captada pelo observador. A interpretação da lei tributária também pode ser de um “elefante no escuro” se o intérprete pretender se fixar apenas num aspecto ou elemento. Compreender integralmente o objeto supõe concebê-lo como um complexo e não isoladamente como partes reunidas. É muito diferente afirmar que um objeto é “azul mais amarelo” ou então que ele é “verde”.

Aliás, exatamente isso, a doutrina tem frequentemente chamado a atenção e, até mesmo, definido a elisão tributária como o “conjunto de operações” com o objetivo comum de redução da carga tributária. Por isso, as análises que segmentam o conjunto de operações para examinar, isoladamente, a legalidade de cada etapa, muitas vezes conduzem a um resultado distorcido, pois o resultado da interpretação de cada uma das partes pode não coincidir com o resultado da interpretação do conjunto”.

Aqui a questão central sobre o tema e o ponto fundamental da divergência: a matéria só pode ser observada considerando o conjunto das operações, o “filme” (segundo doutrina acima citada), que se inicia muito antes daquelas operações societárias inquinadas pelo ilustre Relator como tendo sido realizadas com propósitos exclusivamente tributários. Assim, é fundamental fazer retrospecto dos fatos, ou melhor, dos capítulos, de forma cronológica, que fazem parte do “filme”.

O “filme” a ser analisado inicia-se antes do leilão do qual as empresas participaram e em que pagaram o referido ágio. O filme inicia-se em 1995 com a promulgação da EC n. 8/95, que quebrou o monopólio da União no sistema de telefonia. Em 1996, foi editada a Lei n. 9.295/96, que permitiu a licitação de concessões de telefonia celular da banda B, não envolvendo aquisição de empresa estatal. Em maio de 1997, foi promulgada a Lei n. 9.947/97, que alterou a Lei n. 6.404/76 e afastou um dos grandes entraves à realização das privatizações, conforme explicita Modesto Carvalhosa:

“A Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997, resulta do Projeto de Lei n. 1.564, de 28 de fevereiro de 1996, ou “Projeto Kandir”, cujo objetivo era o de suprimir o direito de recesso no caso de cisão, com vistas a reduzir os custos do governo nos processos de privatização.

Ao contrário do que ocorre em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, em que a lei societária é de natureza contratual, e, como tal, objetiva compor interesses privados dos acionistas e da companhia, no Brasil, predomina o modelo institucional, voltado aos interesses do Estado.

Atendendo a essa política que visualiza a lei societária como instrumento de interesses macroeconômicos, a Lei n. 9.457 suprimiu, pela conjugação dos arts. 136 e 137, o direito de recesso não só nos casos de cisão, mas também nas hipóteses de dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação (art. 206 e segs.)”

No mesmo sentido, assevera Marcelo Otavio de Lorenzo Fernandez, em monografia sobre “Premio de Controle no Brasil”:

“A primeira reforma da legislação societária de 1997, Lei 9.457, em seu artigo 6º, revogou expressamente o artigo 254 e os parágrafos 1º e 2º do artigo 255, eliminando a Oferta Pública obrigatória de aquisição de ações dos minoritários ao mesmo preço pago ao controlador.

Conforme a justificação do “Projeto Kandir” (CARVALHOSA, M.; EIZIRIK, 2002) que resultou na reforma da Lei das S.A., a iniciativa “visava a reduzir os custos para o adquirente do controle acionário que, ao invés de estarem sendo utilizados na capitalização da companhia, estariam sendo despendidos na aquisição de ações dos minoritários”.

Contudo, como é sabido, o fator que, de fato, motivou essa reforma da Lei, foi a necessidade de, em 1997, “deslanchar” o processo de privatização (véspera da privatização do sistema de telefonia TELEBRAS, que ocorreria em meados de 1998).”

Em setembro de 1997 foi editada a Lei n. 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização - PND, revogando-se a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Esta Lei traçou os seguintes objetivos para o novo PND:

“Art.1. O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I-reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II-contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III-permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV-contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V-permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI-contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

Destaque merece ser feito ao último inciso, pois, além de transferir à iniciativa privada atividades anteriormente exploradas pelo setor público, o PND tinha como objetivo o fortalecimento do mercado de capitais através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa¹.

A fiscalização desses objetivos coube à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), que baixou diversas normas com essa finalidade. Essa preocupação com o mercado de capitais esteve presente principalmente na escolha do modelo de privatização, pois o Governo Federal detinha o controle mas não a totalidade das ações das empresas estatais, estando parte nas mãos de acionistas minoritários.

¹ Note-se que, ainda no contexto do PND, citada lei permitiu a utilização de várias formas societárias possíveis para a implementação da nova política, inclusive empresas veículos (subsidiárias integrais) para viabilizar a implementação da modalidade operacional que fosse escolhida (aprovada, posteriormente, pelo Decreto 2.546/97). (art. 4º, III, § 1º - A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida).

Ainda em 1997 foi editada a Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472, de julho de 1997, base regulatória para o setor de telecomunicações e que definiu as diretrizes para a privatização do Sistema Telebrás. De acordo com o art. 195 da LGT:

“O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, após submetido a consulta pública, será aprovado pelo Presidente da República, ficando a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos decorrentes a cargo de Comissão Especial de Supervisão, a ser instituída pelo Ministro de Estado das Comunicações.”

A complexidade e os desafios para a escolha do modelo é sintetizada com clareza por Ana Novaes, em trabalho sobre *“Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil”*, disponível no sítio eletrônico do BNDDES, *verbis*:

“A privatização da Telebrás não só foi uma das maiores do mundo, como também uma das mais complexas: havia não só o desafio regulatório de evitar passar um monopólio estatal para as mãos do setor privado, mas também assegurar os direitos dos acionistas minoritários e garantir ao governo (e apenas ao governo) o recebimento de um prêmio pelo controle no momento da privatização.”

De julho de 1997 a abril de 1998 vários estudos e consultas públicas foram realizados. Neste interim, em novembro de 1997, foi editada a Medida Provisória n. 1.602, posteriormente convertida na Lei n. 9.532/97, regulando, dentre outras, a matéria relativa à dedutibilidade do ágio para fins fiscais.

Antes da Lei n. 9.532/97, o ágio somente produziria efeitos fiscais na hipótese de alienação, liquidação ou extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, influenciando a determinação do ganho de capital. No caso de extinção por incorporação, fusão ou cisão, assim dispunha o art. 34 do Decreto n. 1.598/77, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

Esquemmatizando, pode-se dizer que $VDP = VC - VALPM$, onde VDP é o valor a deduzir como perda, VC é o valor contábil registrado na investidora e VALPM é o valor do acervo líquido avaliado a preço de mercado.

Exemplificando: uma empresa que possui patrimônio líquido (acervo líquido) de 50(PL) é adquirida por outra pelo preço de 120. Nesse caso, a investidora registrará investimento avaliado pelo PL de 50 e ágio sobre investimento de 70, e consequente valor contábil de investimento de 120 (VC). Se este investimento for ulteriormente incorporado, poder-se-á vislumbrar um dos seguintes resultados:

Hipótese 1º) VALPM igual ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL, isto é, de $VALPM = 50$, no exemplo acima.

Assim ficará a equação: $VDP = 120 - 50$ ou $VDP = 70$. Portanto, a perda de capital dedutível será de 70, que, no exemplo, corresponde exatamente ao valor do ágio pago.

Hipótese 2º) VALPM superior ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL e inferior ao VC, isto é, $VALPM > 50$ e < 120 , por exemplo, de 80.

Nesse caso o resultado é $VDP = 120 - 80$ ou $VDP = 40$. Ou seja, na hipótese o valor dedutível como perda é menor que o valor do ágio pago.

Hipótese 3º) VALPM igual ou superior ao valor de VC, isto é, $VALPM \geq 120$. Neste caso o resultado é $VDP = 120 - 120$, ou seja, $VDP = 0$.

Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.

Com a devida vênia, pois, é equívoco afirmar que sob a égide da legislação anterior o ágio pago era dedutível, pois somente poderia ser deduzida a perda de capital apurada segundo a fórmula acima mencionada que levava em consideração duas variáveis: o valor contábil registrado na investidora (VC) e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado (VALPM). O valor a deduzir poderia ser igual ou inferior ao ágio, ou até mesmo ser inexistente.

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve para determinar o VALPM, provavelmente refletirá o valor do patrimônio líquido (pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

Naturalmente, o valor das ações aumentaria, aumentando, por conseguinte, o VALPM, isto é, o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Dependendo do momento e da oscilação do mercado, todo o valor do ágio que fosse pago na aquisição desse investimento estatal poderia se tornar indedutível, da noite para o dia. **Ou seja, o modelo previsto no**

artigo 34 do Decreto n. 1.598/77 colidia frontalmente com os interesses do próprio Governo Federal de fomentar as privatizações e obter lances maiores para a venda das ações.

A Lei n. 9.532/97 inova por dar tratamento específico e mais benéfico para quem pagou o ágio nos casos específicos de extinção da participação societária por incorporação, fusão ou cisão. Restou garantido ao investidor que a dedutibilidade seria do valor integral do ágio que foi pago, sem qualquer variável negativa como existia no modelo da legislação anterior.

Não há dúvida, pois, que a Lei n. 9.532/97 foi mais um elemento que serviu para incentivar os casos de privatização, garantindo-se aos investidores que o ágio pago, todo ele, fundando em rentabilidade futura, seria deduzido.

E isso foi decisivo para a definição do modelo de privatização, pois ao desvincular a possibilidade de dedutibilidade do ágio de qualquer outra variável, mantendo apenas a necessidade de se demonstrar a rentabilidade futura, o ágio poderia embutir um “prêmio de controle”, como de fato embutiu. Marcelo Otavio de Lorenzo Fernandez, em monografia acima citada sobre este tema, explica o que seja o “prêmio de controle”, *verbis*:

“Há uma percepção já consolidada na literatura de finanças de que nem todos os acionistas recebem um retorno financeiro proporcional aos seus direitos sobre o fluxo de caixa, auferidos estes por decorrência da propriedade de suas ações. Existiria então uma parte do valor da companhia que seria apropriado exclusivamente pelos controladores da empresa, para o que se dá o nome de “benefício privado de controle”.

Nessa linha, a diferença entre o preço de uma ação comum (que não faz parte do controle) e uma de controle é justamente o que os teóricos chamam de prêmio de controle (conceito que no Brasil deveria ser expandido por conta da existência das ações preferenciais) e está diretamente ligado ao nível de governança corporativa (entendida como a forma pela qual os fornecedores de recursos para as empresas asseguram para si próprios o retorno de seus investimentos). Assim, uma das medidas do nível de deficiência da governança corporativa pode ser entendida como a proporção do valor da companhia que não é apropriada para todos os acionistas em uma base individual por ação, mas ao invés disso, é capturada por insideshareholders que controlam a companhia ou a administram diretamente.

Essa definição de “benefícios privados do controle” reflete a realidade de que o controle efetivo de uma companhia confere oportunidades, não somente para gerir e incrementar a performance e potencializar o seu valor; mas também para apropriar-se da riqueza dos acionistas em geral, em favor do grupo de controle.”

Prêmio de controle, em síntese, é o valor pago “a mais” em relação ao valor de mercado para a aquisição do controle da empresa. E especificamente sobre o prêmio de controle no processo de privatização da Telebras, Lorenzo Fernandez explicita como este foi definido, *verbis*:

“A metodologia de cálculo do prêmio de controle foi discutida nos processos de privatização no Brasil, sendo que os resultados das avaliações das empresas privatizadas, apurados pelos consultores nos serviços “A” e “B”; representavam apenas uma referência para que o controlador (União, Estados ou Municípios) determinasse o preço de venda.

De fato, as avaliações referiam-se ao “preço mínimo” para a alienação do bem público, podendo o controlador determinar um “sobrepço” conforme entendesse conveniente (ênfatizando que um dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 1º da Lei da Privatização nº 8.031 era: “a maximização do valor de alienação”).

O estabelecimento do sobrepço foi discutido em alguns processos de privatização, levando-se em consideração: (i) a situação do mercado de capitais à época de cada privatização, em especial do mercado bursátil (somatório do valor de todas as ações das companhias que são negociadas na bolsa de valores); (ii) a análise do interesse dos

potenciais investidores; e, (iii) a estrutura de capitais, uma vez que, quanto menor o percentual do capital social necessário para adquirir-se o controle, maior a percepção de “espaço” para estabelecer-se o sobrepreço no lote de ações a serem alienados.

O paradigma metodológico fica claro: porque estabelecer um sobrepreço que possa inibir o interesse de investidores potenciais, se o mecanismo de leilão público – ao expor positivamente a alienação do bem público ao mecanismo de mercado – acaba por regular naturalmente eventuais desajustes na definição do preço mínimo de alienação, bem como alinhar o “preço do interesse”.

Nesse sentido, como os valores constantes das avaliações eram estabelecidos sob a ótica da transição da empresa pública para a iniciativa privada, mas sem definir um preço para um investidor específico, somente o mecanismo de leilão poderia assegurar o ajuste do preço, incorporando plenamente as eventuais sinergias ou interesses estratégicos dos potenciais compradores.

Sendo essa lógica o pano de fundo do processo de privatização, como então foi tratado tecnicamente pelos diversos especialistas o prêmio de controle potencial?

Simplemente não foi tratado diretamente pelas equipes de avaliação, pois todas as diversas consultorias avaliavam o lote de ações a ser alienado como uma parcela proporcional do “fair marketvalue” (valor justo de mercado, doravante tratado também como “valor econômico”) para a empresa como um todo.

Não obstante, poderia o Estado estabelecer, eventualmente, um ágio sobre o preço mínimo sugerido para o lote de ações a ser alienado, como de fato aconteceu no processo de venda do sistema Telebrás onde, por determinação do então Ministro das telecomunicações, Sérgio Motta, o lote de ações foi sobre-valorizado em 30%.

Veja-se que, com o leilão em referência, o ágio total obtido pela União foi de 63% pela venda de todas as empresas, tendo, em algumas situações particulares, o ágio ultrapassado a 300%. Notadamente, esse resultado somente foi obtido em razão de a Lei n. 9.532/97 ter desatrelado a dedutibilidade do ágio, que embutia o “prêmio de controle”, ao limite estabelecido anteriormente pelo art. 34 do Decreto-lei n. 1.598/77. Mas, repita-se, ainda, que o ágio somente era dedutível na parte comprovada por intermédio de estudos de rentabilidade futura.

Outra vantagem introduzida pela Lei n. 9.532/97, e que se aplicou a todas as hipóteses das empresas privatizadas, exatamente pelo modelo escolhido e a reestruturação realizada no sistema Telebras, foi a possibilidade de dedutibilidade do ágio na hipótese de incorporação reversa.

A Lei nº 9.532/97 serviu de instrumento para valorizar e incrementar a oferta de preços, em razão de garantir a futura dedutibilidade do ágio pago. Aliás, a conveniência dessa legislação de natureza fiscal foi bem apontada por Ricardo Mariz de Oliveira, *verbis*:

A norma legal contida nos art. 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

(...)

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época promulgação da Lei nº. 9.532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a

quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9.532.

E essa “conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações”, mencionada por Mariz de Oliveira, é refletida na própria exposição de motivos citada pelo ilustre Relator, que ora se reproduz parte, *verbis*:

“Atualmente, pela inexistência de regulação 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 do desaparecimento de toda a vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Pela citada exposição de motivos, a norma acaba com a vantagem fiscal para ágios decorrentes de “planejamento tributários”, pelo método indutivo, isto é, retirando o benefício naquelas hipóteses, mas por outro lado assegura a dedutibilidade fiscal especificamente “às hipóteses de casos reais”, ou seja, aos ágios realmente existentes, como foram todos os ágios pagos realizados no âmbito dos leilões de privatização. Assim, a Exposição de Motivos apenas corrobora o que acima se disse, no sentido de que a Lei em tela acaba por garantir às empresas a dedutibilidade futura do ágio efetivamente pago.

Em abril de 1998, já com o arcabouço jurídico preparado do ponto de vista regulatório (LGT - Lei n. 9.472), societário (com a alteração perpetrada pela Lei n. 9.947/97) e tributário (Lei n. 9.532/97), e após as várias consultas públicas e discussão com toda a sociedade, chegou-se ao modelo de desestatização do sistema Telebrás, mediante cisão da empresa com posterior privatização, com a edição do Decreto 2.546/98. Ana Novaes explicita esse modelo e que ressalta, ainda, a questão do prêmio e o problema dos entraves societários rechaçados com a Lei n. 9.947/97, a saber:

“Modelo C: cisão da Telebrás seguida de privatização

Este foi afinal o modelo adotado pelo governo a partir de discussões com participantes do mercado e com a ajuda dos consultores contratados pelo Ministério das Comunicações para modelar a venda da Telebrás. As principais vantagens desse modelo eram: a) garantir que apenas o governo recebesse o prêmio de controle na privatização; e b) assegurar o direito dos acionistas minoritários. Note-se que com a aprovação da nova Lei das Sociedades Anônimas em 1997, não havia mais dificuldades jurídicas para cindir uma empresa listada em bolsa. O Diagrama 2 mostra o modelo de privatização e o modelo de cisão da Telebrás. A Telebrás foi dividida em três grandes empresas de telefonia local fixa (Tele Norte-Leste, Telesp e Tele Centro-Sul), oito empresas de telefonia celular correspondendo às áreas de concessão deste serviço definida pela Lei Mínima do Serviço Celular, de julho de 1996, e a Embratel, empresa operadora de longa distância.

Em suma, o Modelo C permitia ao governo atingir os seus objetivos: a) criar as condições necessárias para o estabelecimento de um regime competitivo; b) assegurar ao governo (e apenas ao governo) o recebimento do prêmio de controle; e c) assegurar um modelo transparente que garantisse o direito dos acionistas minoritários da Telebrás.”

O Decreto n. 2.546, de abril de 1998, que regulou o Modelo de Reestruturação e Desestatização do sistema Telebrás, estabeleceu que: “a reestruturação societária das empresas federais de telecomunicações dar-se-á mediante cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S. A - TELEBRÁS, que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladora” (art. 3º).

A desestatização dessas 12 holdings dar-se-ia “mediante alienação onerosa, a uma empresa ou consórcio de empresas, nos termos do edital, das ações de propriedade da União que lhe asseguram, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.” (art. 5º Anexo ao decreto n. 2.546/97).

Ainda em 1998 surgiu o Edital MC/BNDES n. 1/98, que estipulou as regras a que estariam estabelecidas as empresas participantes do leilão. Dentre essas regras, merece destaque a seguinte:

“4.3 - OBRIGAÇÕES ESPECIAIS

Além das demais obrigações previstas neste EDITAL, os PARTICIPANTES vencedores do LEILÃO de cada uma das COMPANHIAS e seus eventuais sucessores, a qualquer título, inclusive em decorrência de posterior cessão e transferência de ações, nos termos da legislação em vigor, estará(ão) obrigado(s), solidariamente, de forma irrevogável e irretratável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais, (...)”

Veja-se que o Edital, antes de proibir, permitia a cessão e a transferência das companhias adquiridas indistintamente. A única condição era seguir os termos da legislação, que exigia a prévia aprovação da operação pela ANATEL, nos termos do artigo 97 da LGT, *verbis*:

“Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Aliás, até mesmo a transferência da União para as empresas vencedoras do leilão precisaram passar pelo crivo da ANATEL, como no caso, tal qual se observa das fls. 267 e seguintes.

E foi nesse contexto que em julho de 1998 ocorreu o leilão das empresas estatais de telefonia, segundo relata o BNDES em seu sítio eletrônico, *verbis*:

“A privatização do Sistema Telebrás ocorreu no dia 29 de julho de 1998 através de 12 leilões consecutivos na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ, pela venda do controle das três holdings de telefonia fixa, uma de longa distância e oito de telefonia celular, configurando a maior operação de privatização de um bloco de controle já realizada no mundo. Com a venda, o governo arrecadou um total de R\$ 22 bilhões, um ágio de 63% sobre o preço mínimo estipulado”.

No caso, pela aquisição da TNC, holding criada e vendida pelo Governo Federal que detinha o controle das empresas operacionais envolvidas, **houve o pagamento de ágio superior a R\$ 600 Milhões.**

Em estudo nominado “Privatização das telecomunicações: algumas lições”, Bernardo Estellita Lins atesta que:

“Os sobrepreços refletiram, provavelmente, três aspectos dessa privatização: primeiramente, a adequada definição do marco regulatório; em segundo lugar, o atendimento a interesses estratégicos dos adquirentes que, eventualmente, vêm conduzindo projetos empresariais de caráter internacional; finalmente, a possibilidade oferecida pela legislação de imposto de renda, de lançar o ágio como despesa da empresa adquirida para fins de redução de imposto devido nos dez anos subsequentes.” (grifamos)

A questão de criar todo o arcabouço regulatório e jurídico (societário e fiscal) em torno do ágio no processo de privatização fazia parte do próprio modelo proposto à época, como explica Licínio Velasco Jr., Chefe do Departamento de Serviços de Privatização do BNDES, em trabalho “Privatização: Mitos e Falsas Percepções”, a saber:

*“(…) Como no caso do Brasil a questão do déficit público tem forte apelo, a privatização caracteriza-se como uma política capaz de contribuir para a redução dos problemas de ordem financeira do Estado. E, nesse sentido, modelos tidos em algum nível como maximizadores são importantes para os casos brasileiros. Daí decorre, em grande parte, o fato de os leilões terem sido adotados como o modelo básico de venda, apesar de a própria legislação do PND admitir a venda de ações a preço fixo, de forma a permitir a sua pulverização ao público. **Daí decorre, também, a importância atribuída aos ágios obtidos nas vendas em relação aos preços mínimos estipulados.**”*

Leilões e ágios têm sido importantes, antes de tudo, no Brasil porque geram apoio à implementação da política pública privatização. Independentemente da questão do tamanho do nosso mercado de capitais, não se poderia imaginar o governo brasileiro, no período analisado, vendendo suas empresas a preço fixo – e atrativo, enfatize-se – como no Reino Unido ou mesmo na França.”

A rigor, todas as empresas poderiam imediatamente promover a incorporação das holdings criadas pelo Governo Federal, de modo a realizar a dedutibilidade do ágio. Estas empresas precisariam justificar o porquê desta incorporação? Absolutamente não. Aliás, o ilustre Relator afirma isso, *verbis*:

“Conforme já referido, não há dúvidas de que, acaso tivesse a Bitel incorporado a TNC, ou vice-versa, a empresa daí resultante teria adquirido o direito à amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, com efeitos fiscais.”

E porque assim não o fizeram? A resposta é simples, porque o foram proibidas de fazer pela ANATEL e pela CVM. Com efeito, em novembro e dezembro de 1999, várias empresas de telefonia iniciaram o procedimento para a realização desse tipo de operação, ou seja, da incorporação direta daquelas holdings constituídas pelo Governo que possuía as operadoras e que havia adquirido com ágio no leilão.

Ocorre que a CVM, instada a se manifestar, editou, em 3 de dezembro de 1999, a Instrução CVM 319, vedando expressamente essa operação sob pena de configurar “*exercício abusivo do poder de controle*”, com as penalidades e punições daí decorrentes, nos termos do artigo 17 do referido normativo. A incorporação direta, no caso em comento, encontrava óbice ao menos em dois dispositivos da citada Instrução CVM, a saber:

“Art. 15. Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

(…)

II - a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

Art. 16. Os dividendos atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores não poderão ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado em cada exercício.

Não era possível, diante da Instrução CVM acima referida, a realização da operação de incorporação da Bitel pela TNC ou vice-versa diretamente, em razão da existência de passivos vinculados à aquisição do controle da TNC. O artigo 15, II do citado normativo vedou essa operação porque a empresa resultante herdaria um passivo em prejuízo dos acionistas minoritários da TNC (lembre-se que a TNC pertencia apenas em parte à União).

Não bastasse isso, a incorporação da Bitel pela TNC não poderia ocorrer, ainda, pois haveria a redução de dividendos, já que os lucros seriam reduzidos em decorrência da própria amortização do ágio, o que também

era vedado pelo artigo 16 da Instrução CVM 319 acima citada. Em razão da vedação imposta pela CVM, a ANATEL deixou de autorizar as operações, nos termos dos artigos 97 e parágrafo único c/c 38 c/c 43 da LGT.

Diante desse cenário é que as empresas promoveram a revisão de suas operações. É interessante notar que o “Fato Relevante da Telemar” reflete exatamente essa alteração decorrente da Instrução CVM nº 319, o qual ora se cita por ser contemporâneo e refletir o que ocorrera à época. Após ter publicado fato relevante em 03 de dezembro de 1999, mesma data da referida Instrução, a Telemar publicou novo Fato em 14 de dezembro de 1999 para ajustar toda a operação àquele novo regramento, *verbis*:

“Telemar Participações S.A. (“Telemar”) e Tele Norte Leste Participações S.A. (“TNL”), em cumprimento ao disposto no artigo 157 da Lei nº 6.404/76 e nas Instrução CVM nº 31/84 e as recentes Instruções CVM nº 319/99 e 320/99, vêm a público divulgar o seguinte fato relevante que em sua integralidade rerratifica o Fato Relevante anterior e a respectiva Nota Explicativa publicadas em 03 de dezembro de 1999, passando a constituir a informação oficial da TNL com respeito à operação aqui descrita.”

Ainda, esse Fato Relevante da Telemar demonstra que uma nova estrutura de operações societárias iria ser realizada em razão da vedação perpetrada no artigo 15, II e art. 16 da Instrução CVM, que foram assim ressalvadas, *verbis*:

“5. Não Transferência de Passivos: O aproveitamento do Ágio na TNL ocorrerá após uma série de operações societárias que terão por objetivo impedir que sejam transferidos para a TNL, juntamente com o Ágio, quaisquer dívidas oriundas da aquisição das Ações ou outras obrigações da Telemar ou de qualquer outra companhia criada no curso da operação descrita neste fato relevante.

(...)

12. Dividendos: A amortização do Ágio não acarretará reflexos negativos sobre o pagamento de dividendos dos acionistas da TNL, comprometendo-se a Telemar a exercer seus direitos de acionista da TNL de modo a fazer com que os dividendos dos acionistas da TNL não sejam prejudicados em razão da despesa decorrente da amortização do Ágio.”

Do mesmo modo, a atender as regras da Instrução 319 da CVM, todas as empresas de telefonia, que seguiram o mesmo modelo estabelecido pelo Governo Federal, tiveram que realizar a transferência do investimento que detinham na holding criada pela União, e que fora adquirida com ágio, para uma nova holding criada especificamente para este fim, isto é, possibilitar a dedução ágio sem que isso afetasse os minoritários e reduzisse a distribuição de dividendos. E essas operações societárias de transferência, como não poderia deixar de ser, passaram pelo crivo da ANATEL, que as autorizou. É exatamente nessa “passagem” que o ilustre Relator enxerga um vício, que será comentado adiante.

Em abril de 2000, Elvira Lobato, da Folha de São Paulo, veiculou notícia cujo título era: **“União “devolve” ágio de R\$ 7,5 bilhões”**, na qual relata:

“Aos poucos, o Tesouro Nacional está devolvendo ao setor privado os ágios registrados nos leilões de privatização.

As seis empresas de energia elétrica e as teles privatizadas receberão de volta (em prazos que variam de 5 a 30 anos) pelo menos R\$ 7,5 bilhões em redução de impostos. O benefício, admitido pelas legislações tributária e das S/ As, fica com o controlador.

Sete das 12 companhias telefônicas privatizadas pela União no leilão da Telebrás, em julho de 1998, fizeram reestruturações societárias para receber de volta do Tesouro R\$ 3,9 bilhões como amortização do ágio e já estão pagando menos impostos.

As outras cinco teles resultantes do desmembramento e privatização da Telebrás vão seguir o mesmo caminho e já preparam a documentação para também aproveitar o benefício fiscal, no valor aproximado de R\$ 1,3 bilhão.

O ágio retorna para as empresas sob a forma de redução do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.”

Em suma, dos fatos narrados o *script* do filme é claro: as empresas financiaram à época o Governo Federal, em plena crise mundial, pagando ágios vultosos pela aquisição de participações nas empresas estatais e, em contrapartida, teriam a segurança jurídica de deduzir o ágio em 5 anos na apuração do lucro tributável. Por razões de natureza societária, reconhecidas expressamente pela CVM e pela ANATEL, essas empresas ficaram impossibilitadas de realizar operações de fusão/incorporação diretamente entre si, razão pela qual lançaram mão de veículo legítimo de investimento para viabilizar o aproveitamento do benefício fiscal prometido pelo Governo Federal na forma da lei. Citado procedimento não implicou geração de novo ágio, como também não resultou economia distinta de tributos daquela que seria obtida sem a utilização desse veículo de investimento (repita-se, cuja utilização tornou-se obrigatória apenas em virtude dos citados normativos societários e regulatórios).

A segurança jurídica acima referida foi severamente abalada pelas sucessivas autuações fiscais que glosaram ou impediram a amortização do ágio pago por forçadas privatizações, com intuitivo prejuízo à imagem do marco regulatório brasileiro de concessões.

Feito esse panorama e síntese do “filme” a que alude a doutrina de Marco Aurélio Greco, volta-se ao voto do ilustre Relator que não vislumbra propósito negocial em parte das operações realizadas pela empresa sucedida pela Contribuinte e, portanto, nega os efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio no caso. *Verbis*:

“De fato, a integralização de capital na 1B2B, pela Bitel, com as ações da TNC, não representou qualquer intenção de, efetivamente, constituir empresa que atuasse como holding da participação societária na TNC, tanto assim que a existência da 1B2B foi extremamente breve.”

De plano, com a devida vênia, reitero que essa forma de observar o caso peca por olhar o problema de forma segmentada, parcial, a “foto”, e não o todo, o “filme”, conforme critica do próprio renomado tributarista. Visto o filme desde sua origem, como acima sintetizado, não há dúvida de que todas as operações não foram apenas autorizadas, mas sim e principalmente induzidas pelo Governo Federal com um único objetivo: aumentar o valor do ágio no leilão de privatização em contrapartida ao direito de as empresas participantes deduzirem, com segurança, esse ágio posteriormente. Esse, e apenas esse, é o propósito negocial de todas as operações, sendo equivoco, por abstração, analisar apenas parte da “coisa” para conceitua-la. Reitere-se, por relevante, que essa parte não trouxe vantagem tributária “adicional” à contribuinte, mas apenas viabilizou o legítimo exercício de direito resguardado por lei e que não pode ser formalizado pela via exigida pela Fiscalização e pelo ilustre Relator por força de questões de natureza societária/regulatória.

O direito à dedutibilidade em referência independe da natureza da própria dedutibilidade engendrada pela Lei n. 9.532/97: ser ou não um benefício fiscal. A realidade é que essa norma, de natureza fiscal, como todo o conjunto de normas de cunho regulatório e societário, teve o propósito -primeiro, principal e fundamental - de influenciar diretamente e incrementar os preços com ágio ofertados em prol do Governo Federal, conforme amplamente demonstrado acima.

Veja-se que o Professor Luis Eduardo Schoueri, no livro citado pelo ilustre Relator, a despeito de não reconhecer a natureza de “benefício fiscal” da Lei n. 9.532/97, reconhece logo a seguir ao trecho citado no voto ora em comento que a partir desse normativo existiu maior segurança jurídica a respeito da dedutibilidade do ágio. *Verbis*:

“Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.

Verificando esse panorama que adveio com a nova regulamentação fiscal em matéria de ágio, Ricardo Mariz de Oliveira e João Francisco Bianco observaram que “a nova lei não ignora a existência dos ágios e deságios e não obriga, pura e simplesmente, que eles sejam descartados, pois passa a preservá-los e a reconhecer-lhes efeitos no devido tempo, conforme as circunstâncias de cada caso”.

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 de 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.

Por outro lado, verificada a hipótese do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 e atendidos os requisitos ali constantes, não há como se negar a dedutibilidade do ágio. Trata-se de regra específica e de exceção, cujos requisitos, uma vez atendidos pelo contribuinte, afastam a regra geral consistente na indedutibilidade do ágio.”

Enfim, é de senso comum a afirmativa de que todo o arcabouço jurídico perpetrado de 1995 a 1998 (regulatório, societário e fiscal) teve e gerou o resultado almejado pela União Federal de obter vultosos valores de ágio. Do ponto de vista fiscal, a contribuição para isso se deu com a garantia de dedutibilidade do ágio para aquelas empresas que o pagaram ao Governo Federal.

Com a devida vênia, não se pode, 15 (quinze) anos mais tarde e após todos esses acontecimentos, achar que são isolados (a) o pagamento do ágio e (b) a segurança dada pela Lei nº 9.532/97 às empresas de deduzirem o ágio para efeitos fiscais. Não parece ser adequado separar o “filme” em duas partes, em razão de fato novo gerado pela CVM, de proibir a incorporação direta em vista do endividamento de uma das empresas e da inevitável redução de dividendos aos acionistas minoritários. O fato é que todo esse arcabouço encontra-se enquadrado nas ditas “condutas desejadas (induzidas)”, as quais o professor Marco Aurélio Greco assevera estarem fora do rol das operações que ele entende que sejam tidas como planejamento tributário (inoponível ao Fisco), nada obstante possam levar ao recolhimento menor de tributos. Para Greco:

“O segundo conjunto de hipóteses que deve ser apartado do planejamento tributário compõe-se das situações em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma. E estas condutas podem, em certos casos, até mesmo levar a um tributo menor.

Este conjunto engloba duas principais categorias:

- a denominada extrafiscalidade pura; e, particularmente,*
- o engajamento do contribuinte em programas de incentivo.*

Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado por

vezes consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc)."

O que importa para configurar a conduta desejada (induzida), como explicitado por Greco, é que o ordenamento positivo veicule determinadas condutas do destinatário visando alcançar determinado objetivo, estabelecendo ***"o engajamento do contribuinte em programas de incentivo."*** Veja que Greco fala simplesmente em programas de incentivo, de forma genérica, sem condicionar a que esse implique em redução de tributo. O ordenamento jurídico, mais precisamente, a Lei Complementar nº 101/00, reconhece que há incentivo sem necessariamente existir renúncia de receita, ao estabelecer que:

"Art. 14.A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

(...)

§ 1º - A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado."

Enfim, a indução querida pela União Federal com todo o arcabouço jurídico montado para viabilizar e tornar um sucesso o leilão de privatização implica assegurar às empresas participantes a dedutibilidade do ágio pago. Reitere-se, esse é o único propósito negocial que justifica as operações realizadas pela Contribuinte.

Nesse passo cabe ainda uma ponderação. Será que a mera dúvida quanto a ser ou não um benefício fiscal já não seria suficiente para mostrar a boa-fé objetiva do contribuinte e, demonstrar, no caso que toda a operação teve uma razão de ser, que não a simples tributária, e teve origem no pagamento do ágio nas privatizações?

O próprio Relator assevera *"que há muitos juristas e doutrinadores – quiça a maioria – que tratam os referidos artigos 7º e 8º como incentivo fiscal à privatização"*, demonstrando que até mesmo o Poder Legislativo, nos debates sobre a possibilidade de revogação desses dispositivos, o tratavam como um incentivo dado pela legislação às privatizações. No ponto, por considerar que a manifestação do Poder Legislativo é relevante em qualquer interpretação jurídica por constituir parte do acervo histórico, da interpretação histórica, pede-se vênia para reproduzir parte do voto proferido no Acórdão 1301-000.711, em caso de interesse da Tele Norte Leste Participações S.A., acolhido à unanimidade de votos pela Primeira Turma, da 3ª Câmara da Primeira Seção dessa Corte, *verbis*:

"Aliás, o Poder Legiferante não apenas reconhece a ligação ontológica entre o ágio pago e as regras de dedutibilidade previstas na Lei nº 9.532/97, mas reconhece também que esta norma legal foi um incentivo à reestruturação societária de empresas tão necessárias à economia nacional."

Com efeito, foi apresentado pelo então Deputado Waldemar da Costa Neto o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, que propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de que ser "absurdo o benefício fiscal que ela concedeu às empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais."

Posteriormente, foi apresentada a este Projeto de Lei emenda propondo a sua supressão, ou seja, a manutenção integral do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 no ordenamento jurídico, com a seguinte justificativa:

“Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia nacional.

Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.

Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país.

Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do Art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.

A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num “plus” no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo, devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga “digerir” o investimento efetuado de uma forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.

Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos.

Além disso, não há que se falar em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.

A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá conseqüências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, aí sim, o patrimônio público será lesado.

Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por consequência, à população em geral.

O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.

Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país.

Sala das Comissões, 22 de agosto de 2003.”

Posteriormente, o Relator da questão junto à Comissão de Finanças e Tributação, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas quando da apresentação da emenda supressiva, asseverando, quanto ao mérito, em seu voto que:

“No tocante ao mérito, julgamos conveniente e oportuna a atual sistemática de amortização do valor do ágio, a qual guarda perfeita harmonia com as normas contábeis e com o tratamento tributário. Como o ágio, decorrente da expectativa de rentabilidade positiva do investimento, pode representar um significativo acréscimo no preço total de negociação da empresa, a sua amortização permite que investimento feito nessa empresa seja diluído em determinado período. Estimula-se, assim, o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país. O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.

Acrescente-se ainda que o número de privatizações das empresas estatais a que se referem os autores dos projetos de lei em epígrafe diminuiu significativamente nos últimos anos. Não se deve alterar a legislação tributária vigente com base em argumentos tidos como válidos em outra realidade.”

E mais, o próprio ilustre Relator demonstra, citando trechos, que em todos os atos praticados pela Contribuinte, esta trata toda esta situação como sendo própria de um benefício fiscal. O Protocolo de Justificação da Incorporação da 1B2B pela TNC é textual ao afirmar que, *verbis*:

“... a incorporação em tela objetiva fortalecer a estrutura financeira da incorporadora e/ou suas controladas, através do incremento da sua capacidade de geração de fluxo de caixa e de investimento, fortalecimento este que ocorrerá através do aproveitamento pela Incorporadora e/ou suas controladas em suas operações do benefício fiscal representado pela despesa de amortização do Ágio, nos termos do artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.”

Ou seja, tudo e todos - juristas, articulistas, imprensa, legislador e a Contribuinte - consideravam a situação apresentada à época como sendo um benefício fiscal. Assim, seria legítimo, por meio de uma interpretação ao método desenvolvido por Greco, desconsiderar tudo isso, e principalmente a boa fé, para simplesmente, após 15 anos, dizer que uma operação -, que do ponto de vista jurídico não possui vício de nulidade ou anulabilidade e que não trouxe qualquer vantagem tributária que não aquela já conferida pela legislação -, é “inoponível ao Fisco”?

Com a devida vênia, trata-se de posição extremada que o próprio Greco rechaçou na 3ª Edição de seu livro “Planejamento Tributário”, de 12/10/2011. Diz o ilustre tributarista, *verbis*:

“Lembrando as lições de Van de Kerchove e François Ost sobre a relação entre Direito e “jogo”, é importante acentuar que, no caso do planejamento tributário, não se pode passar do “jogo” do “tudo permitido” para o “jogo” do “tudo proibido”. É essencial existirem regras e critérios claros e previamente postos, que levem a soluções ponderadas e não extremadas. Um verdadeiro “jogo” saudável e não uma perseguição sem tréguas.”

É inadequado o abandono a toda a boa fé da Contribuinte e de todos aqueles que sustentaram que o investimento era verdadeiramente um benefício fiscal para justificar a glosa da amortização respectiva.

A questão de a Lei n. 9.532/97 constituir ou não um benefício fiscal despicienda na solução do litígio, pois, como salientado, a lei representou algo maior do que um simples benefício fiscal, mas verdadeiro incremento à própria privatização.

Contudo, sobre o tema, vale notar que a Lei Complementar nº 101/00 define as hipóteses consideradas como sendo concessão de incentivo ou benefício fiscal, abarcando, dentre outras hipóteses **“a modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.”**

Como demonstrado acima, a Lei n. 9.532/97 criou, concedeu, nova redução de base de cálculo de tributo de forma discriminada e sob condições específicas, e que até então era inexistente. Introduziu algo novo em matéria de dedutibilidade de ágio e de forma específica e discriminada. Aliás, é a própria Exposição de Motivos que assevera ter disposto sobre a *“regulação legal relativa a esse assunto”*.

A aparente restrição trazida pela nova regulação do ágio, na verdade, é uma discriminação introduzida pelo legislador, que se enquadra como uma **“modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições”**. O dispositivo acaba com a possibilidade da dedução geral, ampla, que, esta sim, não poderia ser considerada um benefício fiscal, por ser uma redução indiscriminada, e cria uma dedutibilidade específica, pontual, inclusive melhor e mais vantajosa para essas situações específicas do que as que tinham essas mesmas situações na legislação anterior. As vantagens foram acima explicitadas, mas cabe arrolá-las de forma sucinta:

Regime de dedutibilidade do ágio na extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão	Art. 34 da DI 1598	Arts. 7 e 8 da L 9.532
Limitação quantitativa	Limitado ao valor de mercado do acervo líquido	Não há limitação, deve apenas ser justificado por meio de laudo demonstrando a rentabilidade futura.
Em hipótese de incorporação reversa	Inexiste	Expressamente autorizada

Portanto, a Lei n. 9.532/97 efetivamente concedeu um benefício fiscal mediante nova redução de base de cálculo de tributo de forma discriminada e sob condições específicas, e que até então eram inexistentes, enquadrando-se perfeitamente naquilo que Greco denominou de “condutas desejadas (induzidas)” e que não configurariam planejamento tributário inoponível ao fisco. Nesse mesmo sentido foi a decisão proferida no caso da Telemar Norte Leste Participações S/A, acórdão acima citado, cujo trecho do voto condutor ora se pede vênha para adotar como razão de decidir nessa oportunidade, *verbis*:

“Por sua vez, a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal. Regulou o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao

longo de determinado prazo. Com efeito, a cabeça e o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescrevem o seguinte:

“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:

... ”

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;”

Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em “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”.

Em outras palavras, estabeleceu o dispositivo uma nova regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses.

No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão.

Veja-se que o evento condicionante trazido pela norma não é, em si, a incorporação, fusão ou cisão, mas sim a absorção do patrimônio. E por que a absorção do patrimônio foi determinada como evento condicionante para o contribuinte usufruir o benefício condicional? Simples! Porque com a absorção do patrimônio este ágio simplesmente desaparece, na medida em que há uma confusão do patrimônio de uma empresa com a outra. O artigo 219 da Lei nº 6.404/76, é claro ao dizer que: “extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

Veja que o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97 abarca apenas as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão, e não abarca a regra do encerramento por liquidação, em que o ágio será considerado perda de capital.

No caso dos autos ocorreu este evento, conforme se denota de todos os documentos acostados; a TNL absorveu o patrimônio da empresa 140 PARTICIPAÇÕES, que foi extinta, fazendo desaparecer, pela confusão patrimonial, o ágio existente.

Portanto, a condição da regra fiscal foi cumprida, fazendo jus, o contribuinte, a usufruir no prazo determinado (mínimo e máximo estipulado) o benefício fiscal estabelecido, que não pode ser revogado por uma nova norma legal, e muito menos por ato administrativo, como é o auto de infração.

Na verdade, há uma total inversão da questão no caso. Uma coisa é o contribuinte utilizar-se de negócios jurídicos para obter vantagens fiscais.

Como é sabido, este Conselho vem reiteradamente rechaçando operações, como a denominada “casa e separa”, ou mesmo o “ágio interno”, quando a causa da operação societária é tão somente a criação de uma vantagem fiscal.

Outra coisa completamente diversa é quando a legislação tributária cria regra fiscal para regular a utilização pelo contribuinte de determinadas “vantagens fiscais” (dedução de despesa, amortização, etc.), trazendo e regulando em seu bojo eventos, por exemplo, elementos e situações do direito societário, civil ou comercial.

Nas perdas no recebimento de créditos, por exemplo, a legislação fiscal – RIR/99 - criou uma série de regras para possibilitar a sua dedução, dispondo que:

Art. 340. As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º).

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º, § 1º):

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário:

II - sem garantia, de valor:

a) até cinco mil reais, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de cinco mil reais, até trinta mil reais, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a trinta mil reais, vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

De fato, na maioria dos casos, por questões de mercado, os comerciantes só iniciam uma cobrança administrativa ou judicial da dívida em casos extremos. Tentam, em primeiro plano, todas as formas para cobrar a dívida amigavelmente, como, aliás, faz a própria Receita Federal do Brasil para cobrar seus créditos.

Porém, o comportamento de ingressar com medida judicial pode ser alterado em razão de aspectos estritamente fiscais, com o intuito de o contribuinte obter a dedutibilidade da perda com o crédito. Assim, por exemplo, se o contribuinte possui um crédito de R\$ 500.000,00, vencido há mais de um ano, pode iniciar o processo judicial por motivos exclusivamente fiscais, isto é, para obter a dedução da perda como despesa.

E neste caso, não cabe ao intérprete perquirir se este processo judicial é procedente ou improcedente, razoável ou não razoável, bom ou ruim. A lei fiscal não trouxe esses elementos qualificativos do evento que condiciona a dedutibilidade da perda.

Na verdade, neste e noutros casos, a lei fiscal induz o comportamento, ou seja, interfere na própria vontade do contribuinte. A vontade, o impulso que leva a prática da ação é eminentemente fiscal.

Realmente, não há qualquer abusividade ou ilicitude no caso de o contribuinte realizar determinado negócio jurídico motivado por vantagens fiscais instituídas pela legislação. O que é ilícito, por ser abusivo, seria a causa de o negócio jurídico ser a vantagem fiscal. Não há ilícito o fato de a motivação ser fiscal. Este é o ponto fundamental, pois causa e motivo são coisas distintas.

A causa é de natureza objetiva, enquanto que o motivo é subjetivo. O motivo constitui a causa impulsiva, a causa, a causa final. MOREIRA ALVES, resume bem a questão, quando ensina que:

“a causa de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda, a causa é a permuta entre a coisa e preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os vendedores e quaisquer que sejam os compradores); os motivos podem ser infinitos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo). (...) A distinção entre causa e motivo é importante porque, em regra, a ordem jurídica não leva em consideração o último.”

Assim, a título de síntese, enquanto a causa é a função típica de determinado negócio jurídico, o motivo é a razão metajurídica que levou a pessoa a realização do mesmo, que só influenciará na órbita jurídica se esta motivação for ilícita (art. 166 do CCv.).

O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Aliás, a própria decisão recorrida cita casos em que o vício encontra-se na causa típica dos negócios jurídicos, como no acórdão 101-96.724, que tratou de “ágio fabricado internamente”. Neste caso, a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, verbis:

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela, como acima demonstrado.”

Apenas para concluir sobre esse tema, assevera o ilustre Relator que as regras da Lei n. 9.532/97 “são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio”, razão pela qual, conclui ele, não haveria nenhum elemento na referida Lei que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização.

O fato de não existir menção expressa na lei não quer dizer que essa vinculação não exista. Segundo os critérios de interpretação jurídica ordinariamente aceitos (lógico, sistemático e, principalmente, o histórico²), é possível colher o exato sentido do texto normativo e, no caso, sua clara vinculação aos processos de privatização.

Não é o fato de a norma ser genérica que impede ao intérprete atribuir a ela interpretação específica na aplicação a um determinado caso, pois, como ensina Eros Roberto Grau, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. Complementando, o ilustre Professor Titular da Universidade do Largo de São Francisco preleciona que:

“Logo, o que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen, é o fato de a “moldura da norma” ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é,

²A interpretação histórica é “aquela que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador”, como ensina Limongi França, e é fundamental, além das demais, para compreender a questão dos autos.

concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.”

Ou seja, toda a interpretação ora engendrada serve para o caso, e, quanto muito, como jurisprudência, para casos semelhantes. Veja que é a necessidade de se analisar o texto à luz do contexto fático do problema é que possibilita a análise das questões envolvendo o ágio caso a caso.

Quando o ilustre Relator, nos autos desse processo, isola parte da operação societária e afirma que esta teria objetivos estritamente fiscais, sem propósito negocial, promove exatamente uma análise do texto da lei à luz de uma situação específica, a situação que entendeu por bem analisar, a segunda parte do filme. A discordância ora trazida nesse voto é -, a par de encontrar justificativa extrafiscal (regulatória/societária, reconhecida pela própria CVM) para a operação tida como sem propósito negocial pelo voto em comento, - defender que a análise seja realizada à luz de todo o contexto em exame, isto é, de todo o “filme” citado na doutrina de Greco.

Em conclusão, peço vênica para citar trecho da ementa do Acórdão n. 1301-000.711, proferido à unanimidade de votos dos Conselheiros da 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção dessa Corte em caso similar ao presente, que sintetiza o quanto mencionado nos parágrafos anteriores. Verbis:

(...)
INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resulta do aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ABUSO DE DIREITO. Afigura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

O quanto alegado acima aplica-se tanto à hipótese de falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, quanto na parte que se refere à exclusão tida como indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Tal assertiva decorre do fato de que não há vedação legal ao procedimento adotado pela Contribuinte; muito ao contrário, a legislação autoriza o aproveitamento fiscal integral do ágio pago ao Governo Federal pela aquisição de ações de empresas de telecomunicações à época das respectivas privatizações, o que não ocorreria caso não fosse permitida a exclusão em referência.

Aplica-se, também, à CSLL cuja base de incidência é o resultado do exercício, antes da provisão do IRPJ, o qual é afetado pela amortização do ágio em questão. Em sentido contrário ao defendido pela PGFN, há precedentes dessa Corte no sentido de que o ágio não necessitaria sequer ser adicionado à base de cálculo do tributo, aí sim por ausência de previsão legal.

Portanto, conferindo coerência aos julgamentos, mostra-se necessário, ainda, observar a jurisprudência deste Conselho e os julgados já proferidos por esta E. Turma.

INFRAÇÃO 2. Exclusão indevida de ágio não registrado no Lalur pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpa (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 2000 a 2004).

Conta-nos a fiscalização que foi constatado nas operadoras diversas exclusões na apuração do lucro real (Lalur) e na base de cálculo da CSLL a título de valores referentes a parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela Bitel e 1B2B antes da transferência do ágio da TNC para as operadoras.

A fiscalização afirma que esses valores deveriam ter sido adicionados na parte A e controlados na parte B do Lalur da Bitel e da 1B2B, cuja exclusão somente aconteceria quando da alienação do investimento (art. 426 do RIR/99). Contudo, verificou-se que esses valores registrados na parte “B” do Lalur das empresas Bitel e 1B2B foram indevidamente transferidos para o Lalur das operadoras.

A respeito do assunto, argumenta que “a legislação do IRPJ não autoriza tal procedimento, permitindo a exclusão via Lalur apenas quando da alienação do investimento pela investidora, no caso a Bitel; e nas hipóteses do art. 386 do RIR/99, onde há a extinção do investimento pela unificação patrimonial, ocorrida com a incorporação da investida pela investidora, ou visse versa, fato não ocorrido na situação em questão, as parcelas amortizadas passam a ter registro e controle exclusivamente contábil, não mais se admitindo controles via LALUR.”

No Lalur os valores excluídos foram registrados com os históricos: "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 ou C404013086/92" ou no ano 2000 "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 Amortização Ágio da 1 B2B/Bitel". Esclarece a fiscalização que nos anos de 2001 a 2004 no histórico "Integridade do Patrimônio Líquido contas 143/21173 ou C404013086/92" foram registradas juntamente com a parcela sob análise a reversão da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (“PMIPL”), porém os valores relativos a essa reversão não compõem os valores glosados pela fiscalização.

Analisando a controvérsia, a decisão recorrida afirmou que o fundamento econômico para a constituição do ágio, em todos os momentos, desde a privatização, passando pela integralização de capital da 1B2B pela Bitel, até a incorporação da 1B2B pela TNC, sempre foi a expectativa de rentabilidade futura. Assim, o ágio pago por expectativa de lucros futuros deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados de exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio.

Dessa forma, com o passar do tempo e a realização dos lucros futuros na TNC, pelas quais a Bitel pagou um substancial ágio, esse vai se amortizando. Esse processo prossegue quando a 1B2B se torna controladora da TNC, de forma que do ágio original pago no leilão de privatização, parte dele não se justifica mais, já que a expectativa de rentabilidade futura entre o leilão de privatização e a incorporação da 1B2B pela TNC já ocorreu.

Por isso, não haveria qualquer fundamento econômico no procedimento da Recorrente em tentar trazer o ágio já amortizado entre 1998 e 2000 para ser novamente amortizado, ainda que em termos fiscais, no período a partir de 2001. Afirma que, o ágio amortizado na Bitel e na 1B2B o foi não somente em termos contábeis, mas também em termos fiscais, embora não tivesse qualquer efeito para apuração do IRPJ e da CSLL, uma vez que não

se poderia cogitar de se aplicar a regra do art. 386 do RIR/99, como feito posteriormente do da incorporação da 1B21 pela TNC.

A Recorrente por sua vez, afirma que a parcela em questão não afetou as bases de IRPJ e CSLL nos períodos em que amortizado contabilmente, já que em tais anos ainda não havia ocorrido a reunião entre a investidora e as investidas e, justamente por isso, a sua amortização contábil foi registrada na parte B do LALUR, a fim de ser levada ao resultado fiscal apenas quando atendidos os pressupostos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Esclarece que o ágio amortizado contabilmente é controlado no LALUR para a apuração do ganho de capital na alienação do investimento (RIR/99, art. 391). Assim, se como para determinação do ganho ou perda de capital a legislação fiscal estabelece tratamento próprio, desprezando a amortização ocorrida, não há motivo para aplicar entendimento diverso no que se refere à sua dedutibilidade quando realizada operação de fusão, cisão ou incorporação. Afinal, a determinação do controle, via LALUR, ocorre justamente porque haverá algum reflexo fiscal em momento futuro.

A explicação para tanto, continua, decorre da constatação de que a amortização do ágio para a formação do lucro líquido tem por base critérios econômicos dissociados dos parâmetros previstos na legislação tributária. Enquanto para o lucro líquido ele deve ser amortizado de forma proporcional ao prazo de duração do contrato de prestação do serviço sob concessão e independentemente de fusão, cisão ou incorporação (Inst. CVM 247/96, art. 14, § 2º, “b”), para fins fiscais, ele só era (e continua a ser) passível de registro após a realização de uma das operações societárias descritas, além de não poder ser apropriado em menos de 5 anos (Lei 9.532/97, art. 7º, III).

Portanto, respeitados a implementação do ato societário e o lapso temporal mínimo, não há qualquer impedimento para que o ágio amortizado contabilmente não possa ser deduzido na apuração das bases de IRPJ e CSLL. Entendimento diverso levaria a distinção de tratamento entre sociedades que estejam na mesma situação da Recorrente e pessoas jurídicas que procedem à incorporação, fusão ou cisão antes do início da amortização contábil do ágio, sem que o critério utilizado como fator de discriminação esteja previsto no texto legal.

Nesses termos, pleiteia que as exações fiscais sejam canceladas, já que a parcela do ágio que era mantida no LALUR não havia afetado o resultado tributável até então, bem como por não haver restrição na legislação a proibir a sua apropriação nas bases de IRPJ e CSLL após já ter sido registrado na formação do lucro líquido.

Nesse ponto, também adoto as razões de decidir do acórdão nº. 1102-001.077, citado acima. É de se ressaltar, contudo, que, nessa parte, o voto vencedor foi do Conselheiro Relator João Otávio Oppermann Thomé. Passo a transcrever os fundamentos:

(...). Inicialmente, foi editado o Decreto-Lei nº 1.598/77, o qual, no seu art. 20, assim dispôs a respeito do desdobramento do custo de aquisição do investimento e da indicação dos fundamentos:

“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. 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. (...)"

Vê-se, assim, que os fundamentos indicados nas alíneas 'a' e 'b' do § 2º acima transcrito correspondem aos mesmos fundamentos apontados pela legislação societária/contábil. Já quaisquer outros fundamentos que a legislação societária/contábil possa vir a reconhecer e expressamente normatizar a respeito, encontram-se albergados pela alínea 'c' do § 2º acima transcrito ("outras razões econômicas"), a exemplo do ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público.

E, quanto à amortização, inicialmente previa o art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 uma regra específica para a amortização do ágio ou deságio fundamentado na diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens, que diferia daquela aplicada aos demais fundamentos. Contudo, o Decreto-lei nº 1.730/79, ao dar nova redação ao art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77, desfez esta ressalva e determinou que, ao ágio com este fundamento (diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens), fosse aplicada a mesma regra que o diploma legal já previa para os demais fundamentos.

Assim, consolidou-se o tratamento dispensado à amortização do ágio, para fins fiscais, nos seguintes termos:

"Art. 25 As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)"

O art. 33 trata da apuração de ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

Veja-se que a lei fiscal deixou, assim, de possuir qualquer comando relativo à forma como deveria ser feita a amortização do ágio ou deságio, deixando tal regulamentação inteiramente a cargo da legislação societária e contábil. Dito de outra forma, qualquer que fosse a forma ou critério utilizado contabilmente, o que importa é que, para fins fiscais, o valor desta amortização deveria ser "estornado" ou "revertido" na apuração do lucro real.

Contudo, a lei fiscal previu algumas hipóteses específicas, vinculadas à apuração de ganho de capital, em que a amortização do ágio ou deságio poderia ter reflexos fiscais.

Inicialmente, veja-se o que dispôs o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77 a respeito do ganho de capital:

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

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, corrigido monetariamente e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada. (...)"

O art. 33 contém justamente uma disposição especial a respeito do ganho ou perda de capital, nos seguintes termos:

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

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

*II – ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.
(Redação dada pelo Decreto-lei nº. 1.730, 1979)
III (Revogado pelo Decreto-lei nº. 1.730, 1979)
IV provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.
(...)”*

Portanto, no caso específico de **alienação ou liquidação do investimento**, determinou a lei fiscal que o ágio ou deságio anteriormente amortizado contabilmente fosse considerado, para fins fiscais, na apuração do ganho de capital, a par da consideração no cálculo deste ganho de capital, também, do ágio ou deságio ainda não amortizado. Por força desta disposição específica da lei fiscal é que o RIR/99, a exemplo dos Regulamentos anteriores, traz inserto, em parágrafo ao art. 391, a determinação para que seja mantido controle, no LALUR, da amortização contábil do ágio ou deságio, nos seguintes termos:

“Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº. 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº. 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III). Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).”

Outra ocorrência específica, à qual a lei fiscal também determina a apuração de ganho de capital, e em que a amortização do ágio ou deságio pode vir a ter reflexos fiscais, é tratada no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

e

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

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

Retornando ao art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77, acima transcrito, veja-se que a lei fiscal determinou que fosse feita a apuração de ganho de capital nas seguintes hipóteses:

a) Alienação;

b) Liquidação;

c) Baixa – por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão.

Conforme visto, o art. 33 determinou regras próprias para a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento, e previu o aproveitamento, nestes eventos, mesmo do ágio já amortizado contabilmente.

Já o art. 34, conforme visto, considera que, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades, o que ocorre é a extinção do investimento. Neste caso, as regras próprias ali previstas para a apuração do ganho de capital são as seguintes:

a) se o acervo líquido recebido exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, tem-se o ganho de capital, que pode ser diferido nos termos dos §§ 1º e 2º, caso contrário, deverá ser oferecido à tributação imediatamente;

b) somente será admitida como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, sendo esta diferença deduzida imediatamente como perda, ou então, à opção do contribuinte, tratada como ativo diferido amortizável pelo prazo máximo de 10 anos.

Portanto, no caso de fusão, incorporação ou cisão de sociedades, com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a lei fiscal não previu a consideração do valor do ágio ou deságio já amortizado contabilmente no cálculo do ganho de capital, valor o qual, conforme referido, encontrava-se registrado na parte B do LALUR para ser utilizado na determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, eventos os quais não mais poderão ocorrer, em face dos eventos de reorganização societária retrocitados. (grifei)

Em síntese, da aplicação do quanto até aqui exposto (situação vigente antes da Lei no 9.532/97) a um caso de ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, (como é o fundamento do caso concreto), tínhamos a seguinte configuração:

1) A lei fiscal não continha regra determinando a forma de amortização deste ágio no tempo, deixando à cargo da lei societária/contábil dispor acerca da sua amortização, apenas ressaltando que esta amortização não seria aceita para fins fiscais, ou seja, que deveria o seu valor ser adicionado para a apuração do lucro real.

2) A lei societária/contábil determinava que o ágio fosse amortizado no prazo e na extensão das projeções de resultados futuros que o determinaram, ou, excepcionalmente, por ocasião da baixa do investimento em decorrência de sua alienação ou perecimento. Trata-se, no caso, da aplicação do princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (“matching principle”): à medida que os lucros vão sendo equivalência patrimonial, na proporção que lhe pertencem), as despesas pagas para ter direito a esses lucros vão sendo amortizadas. No limite do acerto das projeções feitas, o resultado contábil é nulo, na medida em que os lucros auferidos correspondem ao quanto por eles foi pago antecipadamente pela investidora. E o resultado fiscal também é nulo, na medida em que tanto as receitas de equivalência patrimonial, quanto as despesas com a amortização do ágio, devem ser “estornadas” (excluídas e adicionadas, respectivamente), para fins de apuração do lucro real.

3) Em caso de alienação, liquidação ou baixa do investimento, antes do término do prazo previsto de amortização, determina a lei societária/contábil que o saldo ainda não amortizado pela investidora seja lançado integralmente contra conta de resultado. Vale dizer, apenas o ágio ainda não amortizado entra no cálculo do ganho de capital (resultado não operacional). A parte já amortizada não mais configura custo de aquisição para fins de apuração do resultado, na medida em que já foi “recuperada” pelos lucros até então gerados pela investida.

4) A legislação fiscal, contudo, deu tratamentos distintos a essas ocorrências: no caso de alienação ou liquidação do investimento, permitiu o aproveitamento do ágio já amortizado contabilmente no cálculo do ganho (ou perda) de capital; já no caso de extinção da

participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão, previu apenas o aproveitamento do ágio ainda não amortizado contabilmente, e, ainda, para fins de dedutibilidade fiscal de eventual perda de capital, exigiu que a avaliação do acervo líquido recebido fosse feita a preços de mercado.

Em 11.12.1997 foi editada a Lei nº 9.532/97, cujos artigos 7º e 8º trouxeram novas regras relativas à amortização do ágio ou deságio, específicas para os casos em que há a extinção da participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão.

Neste sentido, os referidos artigos derogaram o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, no que diz respeito às participações societárias adquiridas com ágio ou deságio. Vale registrar que o citado art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (atual art. 430 do RIR/99) permanece vigente, contudo, aplicável tão somente às hipóteses de participações societárias adquiridas sem registro de ágio ou deságio.

Por outro lado, os referidos artigos em nada alteraram as disposições até aqui comentadas relativas ao aproveitamento do ágio ou deságio nas hipóteses de alienação ou liquidação do investimento, as quais continuam reguladas pelo art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (art. 426 do RIR/99).

Transcrevem-se abaixo os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97:

(....).

Da leitura dos referidos dispositivos, deflui que, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, o ágio ou deságio deverá ser contabilizado pela pessoa jurídica de diversas formas, de acordo com o seu fundamento econômico.

Assim, em síntese, tem-se que:

- a) se o fundamento for a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo, o ágio ou deságio deve ser contabilizado na própria conta (ou em contrapartida à conta) que registra o bem ou direito que lhe deu causa, de sorte que o ágio ou deságio passa a integrar o valor contábil do bem, tanto para fins de depreciação, amortização, exaustão, quanto para apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) caso o bem que tenha dado causa ao ágio ou deságio não tenha sido transferido para o patrimônio da sucessora, o ágio ou deságio deve ser contabilizado em conta de ativo diferido ou de receita diferida, respectivamente, para ser amortizado da mesma forma que deve ser feita a amortização no caso de a fundamentação ser a expectativa de resultados futuros;
- c) se o fundamento do ágio (ou deságio) for a expectativa de resultados futuros, a sua amortização deve ser feita em no mínimo (no máximo) cinco anos, respeitando-se a razão de um sessenta avos, no máximo (no mínimo) para cada mês do período de apuração;
- d) por fim, se o fundamento do ágio for o fundo de comércio, os intangíveis, ou quaisquer outras razões econômicas, ele deve ser contabilizado em conta de ativo permanente, não sujeita a amortização, podendo apenas ser baixado, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital, nas hipóteses de alienação do direito que lhe deu causa, de devolução de capital a sócio ou acionista, ou de encerramento das atividades da empresa.

Conforme se observa, o regramento especifica a forma pela qual devem ser feitos os registros *contábeis* dos valores que antes eram ágio ou deságio, bem como determina que as amortizações registradas contabilmente passam a ter, a partir do evento que determinou a extinção da participação societária, efeitos fiscais (literalmente, diz a lei que o ágio ou deságio será amortizado “*nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão*”).

Não há nenhum comando na lei que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, nem que possa dar a entender que as amortizações registradas contabilmente a partir do evento devam ser “revertidas” (por adição ou exclusão ao lucro líquido) para fins fiscais. Os lançamentos referidos na lei dizem respeito tão somente à escrituração comercial da pessoa jurídica. (grifei)

Assim, enquanto tenha a Lei nº 9.532/97 alterado profundamente a forma como deve ser feita a amortização do ágio ou deságio em caso de extinção de participação societária em decorrência de fusão, incorporação ou cisão, não modificou o aspecto de que, nesses casos, não deve ser levado em consideração o ágio ou deságio que já havia sido amortizado contabilmente, nos mesmos moldes em que já o fazia o art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, parcialmente derogado.

INFRAÇÃO 3. Glosa de prejuízos e base negativa de períodos anteriores compensados indevidamente pelas empresas Telern (IRPJ e CSLL 2002 a 2004), Telpa (IRPJ e CSLL do ano base 2002) e Telpe (IRPJ 2002 a 2004 e CSLL 2002 e 2003).

Trata-se de mero reflexo das glosas analisadas nos itens anteriores (infração 1 e 2). Como resultado da impugnação à amortização do ágio, houve a reversão parcial de prejuízos fiscais e bases negativas dos períodos em que incorridas e, por conseguinte, a exigência de crédito tributário em períodos subsequentes em que compensados.

Dessa forma, considerando o provimento do recurso voluntário quanto à infração 1 e o desprovimento quanto à infração 2, o lançamento, nesse tópico, é parcialmente procedente.

Os valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa deverão ser apurados pelas autoridades fiscais quando da baixa dos autos à origem.

INFRAÇÃO 4. Dedução a maior de incentivo fiscal de lucro da exploração pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2002, a 2004).

A fiscalização concluiu que a baixa da provisão formada com a transformação do ágio em ativo diferido após a incorporação (por determinação da Instrução CVM 319/99 - PMIPL) teria majorado o cálculo do lucro da exploração, por ter sido tratada como receita operacional, quando, em verdade, deveria ser qualificada como não operacional, o que reduziria o percentual do benefício.

Para determinar o crédito tributário exigido, a fiscalização excluiu a receita contábil de PMIPL do lucro líquido, diminuindo a parcela utilizada para fins de identificação do resultado incentivado (“lucro da exploração”, cujos contornos estavam resumidos, à época, no art. 57 da IN 267/02). A diferença de IRPJ verificada entre um e outro procedimento foi lançada acompanhada de multa e juros.

Porém, independentemente de a PMIPL integrar a receita operacional (como fez a Recorrente) ou não operacional (como alega a fiscalização), o fato incontroverso é que o procedimento adotado para cálculo do crédito tributário incide em contradição com as próprias razões expostas para concluir pela identificação da infração. Tanto que a percepção da inconsistência descrita serviu de motivação à DRJ para cancelar o crédito tributário.

Com efeito, se é certo que a PMIPL serve apenas para fins societários, isso significa que ela é neutra para fins fiscais. Por isso, a fiscalização deveria não só excluir a receita com a baixa PMIPL do lucro líquido para cálculo do lucro da exploração, a exemplo do realizado, como também estava obrigada a adicionar a despesa com a amortização de ágio ao resultado líquido (correção que deixou de proceder). O último registro descrito levaria ao aumento do lucro líquido e, por conseguinte, do lucro da exploração.

Com isso, ficou patente o tratamento dispare para os dois lados da mesma situação. A amortização do ágio que, como despesa, diminuía o lucro da exploração, não foi corrigida pela fiscalização. Já a baixa da PMIPL, por gerar o aumento do lucro da exploração e do incentivo, foi autuada.

Identificada a inconsistência no trabalho fiscal, a DRJ concluiu corretamente por declarar a improcedência de tal parcela do crédito tributário, confirmando que os benefícios fiscais de redução e isenção do imposto são calculados sobre o lucro da exploração decorrente exclusivamente da atividade que se deseja incrementar. Logo, **a amortização fiscal do ágio e a baixa da PMIPL não deveriam afetar o lucro de exploração.**

Nessas circunstâncias, não pode persistir a parcela das exações fiscais calcada na suposta dedução a maior de incentivo fiscal com base no lucro da exploração, justificando-se o desprovemento do Recurso de Ofício.

Por fim, vale acrescentar que recalculando os valores de forma que a amortização fiscal do ágio e a baixa da PMIPL não afetassem o lucro de exploração, a decisão recorrida manteve parte da exigência relacionada à Teleceará, por estarem equivocados os cálculos feitos em relação ao lucro da exploração desta empresa.

A esse respeito, a Recorrente afirma que está correta a apuração feita pela empresa, devendo ser alterada nessa parte a decisão da DRJ, sem, contudo, indicar ou apresentar os erros ou documentos que comprovassem suas alegações.

Pelo exposto, mantenho os valores calculados pela DRJ.

INFRAÇÃO 5. Glosa de dedução de CSLL retida na fonte por órgão público.

Na DIPJ/1999 da empresa Telepisa foi informado no ajuste anual o valor de R\$ 539,87 a título de dedução de CSLL retida na fonte por órgão público. Entretanto a fiscalização constatou que tal valor já havia sido deduzido pela contribuinte no cálculo das estimativas mensais, razão pela qual, glosou a dedução indevida da CSLL.

Trata-se, evidentemente, de exação atingida pela decadência, por força do disposto no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que a Recorrente foi intimada dos lançamentos só em 2006, conforme vista no tópico preliminar. Logo, não deve prosperar.

INFRAÇÃO 6. Deduções indevidas no ajuste anual de antecipações de IRPJ e de CSLL não comprovadas. Glosa de dedução de IRPJ e CSLL mensais pagos por estimativa.

A Infração 6 envolve a não homologação de créditos das operadoras Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 1998 a 2004), utilizados em diversas PER/DCOMP's, haja vista a não confirmação do pagamento de IRPJ e CSLL estimativa.

Entretanto, como visto, após a impugnação dos autos de infração, a Fiscalização produziu um Relatório de Informação Fiscal, por meio do qual procurou aplicar a Solução de Consulta Interna COSIT nº. 18, de 13/10/06, revisando de ofício os lançamentos em relação às infrações 6 e 7.

Consoante a Solução de Consulta Interna COSIT nº. 18, de 13/10/06, no caso de compensação não homologada, os débitos de IRPJ e CSLL estimativa não devem ser glosados para apuração do imposto a pagar na DIPJ.

Por isso, foram consideradas na apuração dos presentes autos de infração todas as PER/DCOMP's enviadas pela Recorrente, que serão objeto de análise à parte.

Contudo, **devem ser mantidas as glosas:** da CSLL na TELASA no ano calendário 2004 no valor de R\$ 536,42, fls. 2773, a glosa da CSLL na TELECEARÁ no ano calendário 2001 no valor de R\$ 436.602,24, fls. 2858, a glosa da CSLL na TELPA no ano calendário 2003 no valor de R\$ 59.080,47, fls. 2979, as glosas de IRPJ na TELPE nos anos calendários 2001, R\$ 0,80, e 2004, R\$ 4.744.510,20, fls. 3015, as glosas da CSLL na TELPE nos anos calendário 1998, R\$ 414.878,00, e 2004, R\$ 940.561,26, fls. 3049, a glosa da CSLL na TELERN no ano calendário 2004, no valor de R\$ 404,55, fls. 3126, a glosa da CSLL na TELEPISA no ano calendário 2004, no valor de R\$ 345,80, fls. 3225. **Todas as demais glosas efetuadas pela fiscalização nesse item deverão ser excluídas.**

Os valores para a Teleceará, Telepisa, Telasa e Telern referem-se tão somente a diferença entre o que a Recorrente declarou como IRPJ/CSLL mensal pago por estimativa em DIPJ e o que a empresa declarou em DCTF como pagamento ou compensação por pagamento indevido ou a maior (PER/DCOMP).

A diferença de CSLL apurada na Telpa em 2003 é decorre da comparação entre os valores declarados em DCTF ou pagos em DARF e os declarados em DIPJ. O valor mantido refere-se basicamente a falta do pagamento declarado em DCTF no valor de R\$ 115.215,25 no mês de setembro de 2003, fls. 2934 e fls. 48 e 57 do Anexo XVIII.

Em relação a TELPE, foi apurada diferença entre o valor declarado do IR mensal pago por estimativa na DIPJ no ano calendário 2004, R\$ 15.467.064,40, fls. 149 do Anexo XXI, e o valor declarado em DCTF, fls. 117/122 do Anexo XXII, e PER/DCOMP (meses de fevereiro e março - não declaradas em DCTF), fls. 2989, 2795, 2799, 3088, 3152, 3154 e 3156, no total de R\$ 10.722.554,40.

Para a TELPE também foi verificada a diferença de R\$ 414.878,00, fls. 3049, entre o valor declarado da CSLL mensal paga por estimativa na DIPJ ano calendário 1998, R\$ 4.712.957,95, fls. 18 do Anexo XXI, superior ao total declarado em DCTF R\$ 4.298.075,95, fls. 124/129 do Anexo XXII. Ainda, foi constatada diferença de R\$ 940.561,26, fls. 3049, entre o valor declarado da CSLL mensal paga por estimativa na DIPJ ano calendário 2004, R\$ 15.698.335,78, fls. 152 do Anexo XXI, e o valor declarado em DCTF, fls. 146/152 do Anexo XXII, e PER/DCOMP (meses de fevereiro e março - não declaradas em DCTF, maio declarado

a maior em DCTF e setembro declarado a menor em DCTF), fls. 3023, 2704, 2706, 2708, 2795, 2797, 2799, 3011, 3013, 3088, 3156, 3158 e 3160, no total de R\$ 14.757.774,52.

Vale ressaltar que a Recorrente não contesta expressamente em seu recurso as diferenças acima, mantidas pela DRJ. Sustenta, apenas, que a fiscalização não teria fundamentado corretamente as exigências da infração 6, o que não me parece correto, vez que a glosa de estimativas já anteriormente não homologadas na composição do saldo de IRPJ e CSLL a pagar (ou a restituir) no ajuste final, não exige maior fundamentação do que a encontrada no Termo de Encerramento da Ação Fiscal.

Ademais, conforme visto, a não homologação desses recolhimentos por estimativa já é objeto de outros processos administrativos tributários, portanto, neles se discutirão os fundamentos da não homologação.

Posto isso, é procedente em parte o lançamento nesse item.

INFRAÇÃO 7. Multas isoladas por falta de pagamento de IRPJ e de CSLL devidas por estimativa mensal.

A Infração 7 diz respeito à cobrança de multas isoladas em razão da falta de pagamento/pagamento a menor de IRPJ e CSLL mensais pagos por estimativa, com base em balancete de verificação, decorrente das infrações apuradas pela fiscalização, para as empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 4º trimestre de 2001, 2002 a 2004 e CSLL 1998 a 2004).

Sobre o tema, este Conselho tem reiteradamente decidido pela impossibilidade de cobrança de multa isolada sobre débitos de estimativa de IRPJ (e CSLL), uma vez que estes débitos não são definitivos, não havendo, portanto, que se falar em atraso de seu recolhimento ou mora do contribuinte.

As antecipações realizadas durante o ano-calendário, são apenas valores estimados, provisórios, sem caráter definitivo, cuja notória precariedade perdura até o final do correspondente período de apuração.

Em se tratando de apuração anual, é somente em 31 de dezembro, que efetivamente ocorre o fato gerador do IRPJ (e da CSLL), tornando a dívida destes tributos líquida e certa, somente a partir deste lapso temporal.

Tributo, na acepção que lhe é dada no direito positivo (art. 3º do CTN), pressupõe a existência de obrigação jurídica tributária que não se confunde com valor calculado de forma estimada e provisória sobre ingressos da pessoa jurídica.

Noutras palavras, o valor pago a título de estimativa não tem natureza de tributo, mas, sim, de prestações antecipadas.

Diante disso, após o encerramento do período, o balanço final (de dezembro) é que balizará a pertinência do exigido sob a forma de estimativa, pois esse acumula todos os meses do próprio ano-calendário. Nesse momento, ocorre juridicamente o fato gerador do tributo e pode-se conhecer o valor devido pelo contribuinte. Se não há tributo devido, não haverá base de cálculo para se apurar o valor da penalidade. Não há porque se obrigar o contribuinte a antecipar o que não é devido e forçá-lo a pedir restituição posteriormente. Daí

concluir que o balanço final é prova suficiente para afastar a multa isolada por falta de recolhimento da estimativa.

Cite-se a esse respeito entendimento firmado no âmbito administrativo pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do antigo Conselho de Contribuintes, Acórdão CSRF/01-05.875, proferido em 23/06/2008, da Relatoria do ex-Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima:

MULTA ISOLADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA - O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade pelo não-recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA - Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Desse modo, é improcedente o lançamento nesse item.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A questão da responsabilidade por multas aplicadas à sucessora em relação a fatos ocorridos antes do evento sucessório e formalizadas após a sucessão, já se encontra pacificada no âmbito da CSRF.

À vista disso, sigo a orientação firmada pela CSRF no sentido de que a interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, mormente se a incorporadora e incorporadas têm em comum a mesma controladora.

Tratando-se de um mesmo grupo econômico, a multa de lançamento de ofício aplica-se à sucessora por infração cometida pela sucedida, ainda que apurada após a sucessão.

Citem-se, a título ilustrativo, algumas ementas:

MULTA DE OFÍCIO - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE SOB CONTROLE COMUM. A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, quando provado nos autos do processo que as sociedades, incorporadora e incorporadas, sempre estiveram sob controle comum de sócio pessoa física e de controladora informal. (1ª Turma da CSRF, Acórdão 9101-00.050, 9101-00.051 e 9101-00.052, 9101-00.053, 9101-00.054, 9101-00.055, 9101-00.056, 9101-00.057, 9101-00.058, 9101-00.059, 9101-00.060, dentre outros com a mesma ementa, julgados em 10/03/2009; Acórdão 9101-00.508, j. em 26/12/2009; Acórdão 9101-00.350, j. em 26/08/2009).

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE DO MESMO GRUPO. Não pode ser afastada a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, quando provado nos autos do processo que as sociedades, incorporadora e incorporada, pertencem ao mesmo grupo econômico. (1ª Turma da CSRF, Acórdão 9101-00.197, j. em 27/07/2009)

MULTA NA INCORPORAÇÃO - CONTROLE COMUM. Quando presente o elemento subjetivo pelo controle comum à época da incorporação, deve ser mantida a penalidade de ofício ainda que lançada após o ato sucessório. A eficácia positiva do disposto no artigo 132 do CTN, combinado com o artigo 129 do mesmo diploma legal, para se cobrar tão-somente o tributo, está vinculada à não existência de participação dos controladores da sucessora nos atos anteriores da sucedida. (1ª Turma da CSRF, Acórdão 401-05.546, j. em 19/09/2006)

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A Recorrente sustenta, ainda, a improcedência da cobrança de juros de mora sobre a multa.

A exigência para tal cobrança, conforme manifestação da Fazenda Nacional através do parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº. 28, de 02/04/98, está no art. 61, § 3º da Lei nº. 9.430/96, que assim estabelece:

*Art. 61. Os **débitos** para com a União, decorrentes de **tributos e contribuições** administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto

para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

*§ 3º **Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.***

Pela simples leitura do texto acima, resta claro que o mesmo está apenas permitindo que os débitos com a União Federal decorrentes de tributos e contribuições não pagos nos vencimentos sejam acrescidos de multa de mora, e que aqueles mesmos débitos (e não a multa) sofram também a incidência de juros de mora.

Corroborando com o entendimento que o art. 61 da Lei nº. 9.430/96 prevê a cobrança de juros exclusivamente sobre o valor dos tributos e contribuições o art. 43 da mesma Lei nº. 9.430/96, ao dispor:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ora, se a expressão “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” constante no “caput” do art. 61 da Lei nº. 9.430/96 incluísse também a multa de ofício, não haveria necessidade alguma da previsão do parágrafo único do art. 43 acima reproduzido, uma vez que a incidência de juros sobre a multa de ofício lançada isoladamente nos termos do “caput” do artigo já decorreria diretamente do art. 61.

Desse modo, resta claro que somente existe previsão legal para a cobrança de juros sobre a multa no caso da multa lançada isoladamente, o que não é o caso do recurso em análise.

Outra discussão que se tem em relação ao tema de cobrança de juros sobre a multa é que a legitimidade para a sua cobrança estaria no próprio Código Tributário Nacional, na medida em que o art. 113 do CTN estabelecerá o procedimento de cobrança e o regime jurídico das multas ao mesmo adotado para os tributos. Tal entendimento, todavia, não merece prosperar, senão vejamos.

O art. 113 do CTN estabelece:

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

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

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Pela simples leitura do caput do artigo acima reproduzido, verifica-se que a obrigação tributária pode ser principal (de pagar tributo ou penalidade pecuniária) ou acessória (de fazer), sendo que a obrigação acessória “pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”, nos termos do parágrafo 3º do referido art. 113.

Desse modo, a penalidade pecuniária que se converte em obrigação principal é exatamente aquela que decorre da inobservância da obrigação acessória. E é somente sobre essa penalidade (descumprimento de obrigação acessória), que por si só consubstancia (ou se converteu em) obrigação principal, que se não paga integralmente no seu vencimento podem incidir os juros de mora, conforme previsto no art. 43 da Lei nº. 9.430/96.

No caso em questão, é preciso salientar mais uma vez que a multa de ofício lançada não se refere ao descumprimento de obrigação acessória, mas sim de multa exigida pelo descumprimento da obrigação principal de pagar tributo.

Poderia, por fim se argumentar aqui que o art. 161 do CTN legitimaria a cobrança dos juros sobre a multa de tributo não pago no vencimento. Parece-me também que nesse artigo não traz tal permissão, senão vejamos. Dispõe o art. 161 do CTN, “*in verbis*”:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Pelo texto legal acima transcrito verifica-se que se a penalidade incidente pelo não pagamento da obrigação principal já estivesse incluída no “crédito” sobre o qual incidem os juros de mora previstos no art. 161 do CTN, seria desnecessária a ressalva final constante do referido dispositivo no sentido de que essa incidência de juros se dá “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”.

Ao analisar a matéria esse E. Conselho vem se manifestando pela impossibilidade da cobrança de juros sobre a multa, conforme se verifica das decisões abaixo reproduzidas:

IRPJ E OUTRO - Ex(s): 2001

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 2000*

*Ementa: RECURSO DE OFÍCIO.
A decisão vergastada foi exarada de acordo com a correta análise dos fatos e do direito aplicável ao caso em questão, pelo quê há ser confirmada.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - MOMENTO DO FATO GERADOR.*

*A Lei nº 9.532/1997, não atuou modificando a data da ocorrência do fato gerador, mas, tão-somente, deslocou o seu componente temporal, indicando o momento em que esses lucros deveriam ser oferecidos à tributação.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DECADÊNCIA.*

No caso de tributação de lucros auferidos no exterior por intermédio de coligada, o prazo decadencial tem início no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que houve a disponibilização para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

*LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM COLIGADA.
São tributáveis os lucros auferidos no exterior por sociedade domiciliada no Brasil, por intermédio de sua coligada, que sejam disponibilizados àquela. Tais lucros serão considerados disponibilizados na data do seu pagamento, que é considerado efetuado, quando ocorrido o emprego do valor em favor da beneficiária. A alienação de participação societária em coligada no exterior inclui-se na hipótese de "emprego do valor em benefício" da pessoa jurídica domiciliada no Brasil.
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - RESERVA LEGAL.*

*Não deve compor a base de cálculo do lançamento a parcela correspondente à Reserva Legal, posto que esta tem destinação obrigatória prevista em lei e deve ser constituída antes de qualquer outra destinação dos lucros.
TRIBUTOS PAGOS NO EXTERIOR - COMPENSAÇÃO.*

A compensação do imposto sobre a renda devido no Brasil, em face da disponibilização dos lucros auferidos no exterior, só será possível com o imposto sobre a renda recolhido no exterior em razão dos mesmos lucros, independentemente da denominação do tributo no país de origem.

PESSOAS JURÍDICAS COLIGADAS - ADIÇÃO DE JUROS - CAPITALIZAÇÃO DE RECURSOS - INDISPONIBILIDADE DOS LUCROS.

A adição dos juros decorrentes da captação de recursos junto a coligada no exterior, só é cabível no caso de não ter sido disponibilizado os lucro do período para sua coligada no Brasil. Configurada a disponibilização de tais lucros não deve prevalecer o lançamento tributário.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

O decidido em relação ao tributo principal se aplica aos

lançamentos reflexos, em virtude da estreita relação de causa e efeitos entre eles existentes, salvo quando houver na legislação de regência do tributo lançado como reflexo, característica que leve a outra conclusão.

LUCRO AUFERIDO NO EXTERIOR - CSLL. Por força do princípio da legalidade estrita, no Direito Tributário só há incidência tributária sob a vigência de norma que estabeleça tal tributação. No caso da CSLL sobre lucros auferidos no exterior por coligada, a norma instituidora da obrigação tributária foi publicada em 30 de junho de 1999, passando a vigorar a partir de 01 de outubro de 1999.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE.

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada.

Recurso de Ofício Negado.
Recurso Voluntário Provido em Parte.

Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, que acolhiam a preliminar, sendo que o Conselheiro Aloysio José Percinio da Silva, acompanha pelas conclusões. No mérito, pelo voto de qualidade, considerar ocorrida a disponibilidade do lucro na alienação da participação societária, vencidos os Conselheiros João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva, que apresenta declaração de voto, e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, quanto a primeira infração para excluir a tributação da CSLL em relação aos lucros apurados pela coligada no exterior, até 30 de setembro de 1999, bem assim a reserva legal. Por unanimidade de votos, cancelar a exigência em relação à glosa de despesas de juros, acompanham pelas conclusões João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Por maioria de votos, excluir a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos nesta parte os Conselheiros Aloysio José Percinio da Silva Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho e Antonio Praga, que mantinham a incidência da taxa selic sobre a multa de ofício. (1º Conselho de Contribuintes / 1a. Câmara / ACÓRDÃO 101-96.601 em 06.03.2008)

Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1997

Ementa: DECADÊNCIA. PRAZO - O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação extingue-se em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Essa regra aplica-se também à CSLL

por força da Súmula nº 8 do STF. Acolhe-se a argüição de decadência em relação ao ano-calendário de 1997.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999

Ementa: **MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO** - O agravamento da multa de ofício pelo atraso ou não atendimento de intimações e pedidos de esclarecimentos só tem aplicação quanto efetivamente demonstrada a recusa ou efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO - Por não se tratar da hipótese de penalidade aplicada na forma isolada, a multa de ofício não integra o principal e sobre ela não incidem os juros de mora.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 1997, 1998, 1999

Ementa: **LANÇAMENTO DECORRENTE** - Aplica-se ao lançamento formalizado como decorrência o resultado do julgamento proferido no processo que lhe deu origem, tendo em vista o liame fático que os une. Ementário publicado no DOU nº 13 de 20/01/2009. Págs. 05/09

Resultado: DPM - DAR PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, acolheram a preliminar de decadência relativamente ao ano 1997, vencido o conselheiro Luciano de Oliveira Valença que aplicava o art. 173, I, do CTN. No mérito, por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencida a conselheira Ester Marques Lins de Sousa. Houve sustentação oral do representante do recorrente, Sr. Ricardo Krakowiak,

(Acórdão 103-23566, Relator Leonardo de Andrade Couto, Data da Sessão: 17/09/2008, Recurso 160718, 3ª Câmara, Processo 16327.000106/2003-11)

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

Ano-calendário: 2001

Ementa: **NULIDADE**. Incabível a argüição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender às formalidades legais e for efetuado por servidor competente.

SIMULAÇÃO - GANHO DE CAPITAL - Se as provas constantes dos autos demonstram que a Contribuinte realizou negócio jurídico de forma diversa daquela formalmente declarada, havendo desconformidade entre a realidade fática e a aparência do negócio jurídico, resta caracterizada a ocorrência de simulação, devendo a obrigação tributária ser apurada sobre o negócio jurídico de fato realizado.

ATOS NÃO-COOPERADOS - TRIBUTAÇÃO - Os atos praticados por cooperativas que não se configurem como tipicamente cooperativos, estão sujeitos à tributação. Apenas os atos

cooperativos, praticados entre associados e com o objetivo de atingir suas finalidades estatutárias não serão tributados.

MULTA E JUROS SELIC - Se a multa de ofício e os juros pela taxa Selic aplicados encontram-se em consonância com a legislação vigente, o Primeiro Conselho de Contribuintes, nos termos da sua Súmula nº 02, não pode afastar sua aplicação, já que não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício.

RO Negado.RV Provido em Parte.

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos nessa parte, em segunda votação, os Conselheiros Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Relator), Aloysio José Percinio da Silva e Antonio Praga, que mantinham a incidência da taxa selic sobre a multa de ofício. Nas demais matérias em litígio houve unanimidade do colegiado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior quanto a não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional.

(Acórdão 101-96523, Relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Data da Sessão 23/01/2008, Recurso 157078, 1ª Câmara, Processo 19515.003663/2005-27)

Ementa: AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu.

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - O ágio na subscrição de ações deve ser calculado após refletido o aumento do patrimônio líquido da investida decorrente da própria subscrição. O ágio corresponde à parcela do valor pago que não beneficia, via reflexa, o próprio subscritor. A subscrição é uma forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa

circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros.

MULTA ISOLADA - ESTIMATIVA - Não procede a exigência de multa isolada quando da recomposição do resultado em virtude de glosa de despesa, visto que não participam da base a ser utilizada para calcular o imposto estimado antecipado mensalmente.

JUROS SOBRE MULTA - A SELIC incide tão somente sobre débitos de tributos e contribuições, não sobre penalidade, que deve seguir a regra de juros contida no artigo 161 do CTN. (Lei 9.430/96, art. 61 c/c art. 3º do CTN).

Recurso parcialmente provido.

Texto da Decisão: Decisão: Por unanimidade de votos, AFASTAR a tributação na aquisição de ações, no valor de R\$ 315.144,91 mensais, TVF fl. 601 e determinar que os juros sobre a multa de ofício deverão ser calculados à razão de 1% ao mês nos termos do artigo 161 do CTN, a partir do 31º dia da ciência do lançamento. Por maioria de votos, AFASTAR a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Marcos Rodrigues de Mello e Waldir Veiga Rocha. Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL quanto ao ágio na subscrição de ações admitindo a amortização no valor total de R\$ 3.483.041,38. Vencidos os Conselheiros José Clóvis Alves (Relator), Wilson Fernandes Guimarães e Marcos Rodrigues de Mello. Declarou-se impedido o Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni (Suplente Convocado). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Roberto Bekierman (Suplente Convocado). (Acórdão 105-16774, Relator José Clóvis Alves, Data da Sessão: 08/11/2007, Recurso: 155375, 5ª Câmara, Processo: 13839.001516/2006-64, Recorrente: CPQ BRASIL S.A.)

Ementa: RECURSO EX OFFICIO

IRPJ e CSLL – Devidamente justificada pelo julgador a quo a insubsistência das razões determinantes de parte da autuação por glosa de despesas, é de se negar provimento ao recurso de ofício interposto contra a decisão que dispensou a parcela do crédito tributário irregularmente constituído.

RECURSO VOLUNTÁRIO

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna. Assim, somente será apreciada nos Tribunais Administrativos quando uniformizada e pacificada na esfera judicial pelo Supremo Tribunal Federal.

IRPJ – CSLL – PROVISÕES NÃO DEDUTÍVEIS – TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa – Por configurar uma situação de solução indefinida, que poderá resultar em efeitos futuros favoráveis ou desfavoráveis à pessoa jurídica, os tributos ou contribuições cuja exigibilidade estiver suspensa nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, são indedutíveis para efeito de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por traduzir-se em nítido caráter de provisão. Assim, a dedutibilidade

de tais rubricas somente ocorrerá por ocasião de decisão final da justiça, desfavorável à pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SOBRE TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDAS JUDICIAIS – Por constituírem acessório dos tributos sobre os quais incidem, os juros de mora sobre tributos cuja exigibilidade esteja suspensa por força de medidas judiciais seguem a norma de dedutibilidade do principal.

MULTA ISOLADA – RETROATIVIDADE BENIGNA – No julgamento dos processos pendentes, cujo crédito tributário tenha sido constituído com base no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, a multa isolada exigida pela falta de recolhimento do tributo em atraso, sem a inclusão da multa de mora, deve ser exonerada pela aplicação retroativa do artigo 14 da MP nº 351, de 22/01/2007, que deixou de caracterizar o fato como hipótese para aplicação da citada multa.

JUROS DE MORA SOBRE TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDAS JUDICIAIS – Por constituírem acessório dos tributos sobre os quais incidem, os juros de mora sobre tributos cuja exigibilidade esteja suspensa por força de medidas judiciais seguem a norma de dedutibilidade do principal.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO – INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada.

JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC

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

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para: 1) afastar a exigência das multas isoladas; 2) afastar a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez (Relator) e Sandra Maria Faroni, que deram provimento parcial ao recurso em menor extensão, no tocante à incidência dos juros de mora, e Sebastião Rodrigues Cabral e Mário Junqueira Franco Júnior que deram provimento parcial ao recurso em maior extensão, para também cancelar a exigência da CSL. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Caio Marcos Cândido. Ausente momentaneamente o Conselheiro Valmir Sandri.

(Acórdão 101-96008, Relator Paulo Roberto Cortez, Data da Sessão: 01/03/2007, Recurso: 151401, 1ª Câmara, Processo: 16327.004079/2002-75)

Nesse mesmo sentido, também foi a manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao analisar e decidir sobre a matéria, conforme se verifica do acórdão abaixo reproduzido:

Favorável – Administrativo – Câmara Superior de Recursos Fiscais

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/03/2015 por CARLOS PELA, Assinado digitalmente em 19/03/2015 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 17/03/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por CARLOS PELA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*Texto da Decisão: 1) Por maioria de votos, NÃO CONHECER da preliminar de perda de objeto do recurso em face do trânsito em julgado da decisão judicial quanto ao mérito, suscitada pela Conselheira Maria Teresa Martínez Lopez. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez Lopez e Manoel Coelho Arruda Junior (Substituto convocado); 2) Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência até os fatos geradores do mês de outubro de 1999, vencidos os Conselheiros Josefa Maria Coelho Marques, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Júlio César Vieira Gomes e Elias Sampaio Freire que não acolhiam; 3) **por maioria de votos CONHECER do recurso quanto a incidência sobre a multa de ofício dos juros à taxa SELIC, vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Gilson Macedo Rosenburg Filho e Leonardo Siade Manzan, e por maioria de votos DAR provimento nessa parte, vencidos os conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator) e Antonio Praga, que mantinham essa incidência.** Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Teresa Martínez Lopez. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138.192. (Acórdão CSRF/02-03.133, Relator Henrique Pinheiro Torres, Data da Sessão: 06/05/2008, Recurso 202-131351 ,2ª Turma, Processo: 18471.001680/2004-30, RECURSO DE DIVERGÊNCIA, Matéria: COFINS, Recorrente: COMPANHIA VALE DO RIO DOCE S/A.)*

Desse modo, entendo que, nesse ponto, assiste razão à Recorrente.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, encaminho meu voto no sentido de **dar provimento ao recurso voluntário**, em virtude do acolhimento da preliminar decadência do direito do Fisco de revisar os lançamentos realizados pela Recorrente nos anos-calendário 1998, 1999 e 2000.

Vencido, **dou parcial provimento ao recurso voluntário** para: **(i)** afastar os lançamentos de CSLL referentes aos anos-calendário 1998, 1999, 2000, em razão da decadência; **(ii)** afastar a glosa do ágio para o IRPJ e para a CSLL, relativas ao ano-calendário de 2000 a 2004 (infração 1); **(iii)** manter a glosa do ágio já amortizado contabilmente em períodos anteriores (infração 2) **(iv)** restabelecer parcialmente os saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL (infração 3); **(v)** declarar a improcedência do lançamento relacionado à dedução a maior de incentivo fiscal de lucro da exploração, mantendo, para a Teleceará, parte do lançamento em razão de outros ajustes, conforme valores apurados pela DRJ na planilha de fls. 3684 (infração 4); **(vi)** afastar a exação referente à infração 5, em razão da decadência; **(vii)** manter parcialmente os valores em cobrança referentes à infração 6; **(viii)** afastar as multas isoladas (infração 7); **(ix)** manter a cobrança da multa de ofício proporcional; e **(x)** afastar a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá

Voto Vencedor

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado

Em que pesem os valiosos argumentos do ilustre Conselheiro Relator, ousou discordar de três pontos em específicos: (i) no tocante à decadência relativa a fatos passados com repercussões futuras no crédito tributário; (ii) no direito à amortização do ágio de que trata o recurso voluntário; (iii) incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Passo a expor meu entendimento sobre os temas.

1 PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - NÃO OCORRÊNCIA DECADÊNCIA RELATIVA A FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÕES FUTURAS NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O tema é pacífico neste Colegiado. Entende-se que, para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

Até mesmo porque o art. 113, § 1º, do CTN aduz que “*A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador*” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Portanto, o lançamento, dado seu caráter constitutivo do crédito tributário, mas declaratório da obrigação, somente pode ser realizado após a ocorrência do fato gerador e, conseqüentemente, o surgimento da obrigação tributária.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuinte a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “*também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.*”

Se por hipótese, o contribuinte mantivesse o ágio em seu ativo e não o amortizasse, não teria ocorrido o fato gerador, e, na ausência de infração à legislação tributária, não haveria que se falar em lançamento, pois mesmo nos casos em que do lançamento não resulte exigência de crédito tributário, a constatação de infração à legislação tributária é condição *sine qua non* para formalização do lançamento.

Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

Considerando-se que a exigência de CSLL diz respeito a fatos geradores ocorridos a dos anos-calendário de 1998 a 2004, e a de IRPJ aos anos-calendário de 2001 a 2004, a contagem do prazo decadencial somente se iniciou a partir de tais períodos, aplicando-se a partir a inteligência dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN, a depender da existência de pagamentos antecipados e existência de dolo, fraude ou simulação.

Nesse cenário, voto por rejeitar a preliminar de decadência cuja tese implicaria contagem do prazo decadencial a partir da formação dos ágios, e não de sua efetiva amortização.

2 INFRAÇÃO 1 - Apropriação de despesa não dedutível de amortização de ágio

De fato, não se discute nos autos a existência do ágio registrado pela Bitel, em razão da aquisição de participação societária na empresa TNC, realizado no âmbito de leilão de desestatização do Sistema Telebrás.

No mesmo sentido, não há qualquer questionamento quanto às operações de compra e venda entre Bitel e União, e Bitel e UGB, todas partes não relacionadas, com a geração do ágio correspondente.

Conforme bem exposto pelo ilustre Conselheiro Relator, a “*questão controvertida, reside no conjunto de operações realizada posteriormente pelas empresas sucedidas pela Recorrente, que, no entender da fiscalização e da DRJ, tiveram como objetivo exclusivo transferir o ágio para a Recorrente e possibilitar a sua amortização, em abuso de direito contra a Administração Fiscal, a autorizar a desconsideração dos atos praticados*”.

A respeito de tais operações, assim concluiu seu voto:

[...] esta Egrégia Turma firmou entendimento no sentido de que, a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº. 9.532/97, deve atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- 4) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;*
- 5) a realização das operações originais entre partes não ligadas;*
- 6) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*

No presente caso, essas premissas básicas foram cumpridas.

Discordo de tal entendimento. Desde o julgamento do processo nº 16561.720026/2011-13 (“Caso Bunge” – acórdão nº 1402-001.460), no qual fui designado

redator do voto vencedor, esta turma, ainda que por voto de qualidade, alterou seu posicionamento.

Fixou-se o entendimento de que, em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Por decorrência, incluiu-se nova premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade futura fosse possível, qual seja, a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99.

Naquele caso a hipótese ainda tratava da utilização de empresa veículo cujo único objetivo foi possibilitar, mediante reestruturação societária meramente artificial e formal, a amortização do ágio. No presente caso, para seu deslinde, basta a análise de elemento fundamental para que o ágio pudesse ser amortizado, qual seja, que investida e investidora passassem a ser uma única pessoa jurídica, o que jamais ocorreu no caso concreto.

Reproduzo, assim, alguns dos argumentos por mim em tal voto:

Não se pode confundir o direito a contabilização do ágio com as condições para amortização em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

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

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

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

II-ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do

contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real; III- provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, comporiam o ativo da Recorrente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações antes realizadas pelas investidas em novas empresas, segregadas de acordo com o ramo de atividade a que se dedicavam e, ao que tudo indica, ainda se dedicam, com exceção da hipótese de fechamento de capital.

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:

*Art.386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
[...]*

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

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

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

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).

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

No que tange aos demais argumentos tecidos pela recorrente em sua peça recursal, peço vênica para adotar como fundamentos de meu voto as razões contidas no bojo do voto condutor do acórdão nº 1102-000.873, de lavra do eminente Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé. Saliento, contudo, que em tal matéria seu voto restou vencido, o que não altera minha concordância com a tese por ele adotada. Importante ainda ressaltar que a operação analisada na oportunidade é exatamente a mesma operação aqui analisada (relacionada ao período de 2005), portanto, aplicam-se aqui integralmente os fundamentos e as referências às operações societárias envolvendo as empresas do Grupo TIM:

[...]

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, verbis:

“O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de

participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

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

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

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores — quiçá a maioria, até — que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro³ a respeito do tema:

"Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 'foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços'.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao "então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente". É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 "foi o de fomentar o chamado 'Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal'".

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

fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênica para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 (...)

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

(...)

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

(...)

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicinda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênua equivocada, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados

nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Resta enfrentar a questão envolvendo as sucessivas reorganizações societárias, a saber: a “transferência” do ágio originalmente pago, pela Bitel à IB2B, a posterior incorporação desta pela TNC, a posterior cisão desta com incorporação do ágio pelas operadoras controladas, e a posterior incorporação de todas as demais operadoras por uma delas. É dizer, importa saber se esses fatos trazem alguma implicação ao direito à amortização do ágio originalmente pago pela Bitel.

Inicialmente, registro que, tendo o ágio sido efetivamente pago, em uma operação ocorrida entre partes independentes, e estando devidamente fundamentado na rentabilidade futura — todas circunstâncias as quais estão presentes no caso concreto, ou ao menos não foram refutadas pela autoridade fiscal — não se encontra na lei qualquer impedimento expresso a que este ágio venha a ser amortizado por outra empresa, que não aquela que pagou por ele.

Ao contrário, a Lei nº 9.532/97, em seu artigo 8º, dispõe que a própria empresa que deu causa ao ágio pode, ao fim e ao cabo, amortizá-lo, basta que a incorporação seja do tipo “reversa”, ou “downstream”, i.e., com a controladora sendo incorporada pela controlada.

De igual modo, não identifico na lei, a priori, nenhuma restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer que, por força de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio, se deste evento não resultou qualquer surgimento de “novo ágio” ou “multiplicação” do ágio anteriormente pago.

Contudo, necessário se faz que as operações societárias ocorridas sejam orientadas por legítimos propósitos negociais.

De fato, cediço que a recorrente, como qualquer outra pessoa jurídica, tem o direito a organizar a sua vida da maneira que julgar melhor, sendo legítima a busca de configuração que lhe propicie o pagamento do menor imposto possível. Contudo, o direito à auto-organização não é ilimitado, e deve ser exercido na medida em que existam causas reais que justifiquem tal atitude.

Em obra que significou verdadeiro marco no estudo do chamado planejamento tributário⁴, Marco Aurélio Greco observa que a ótica da análise não deve ser feita apenas sob o ângulo da licitude ou ilicitude dos negócios jurídicos praticados, pois a licitude é requisito prévio, mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco.

Ressalta o autor que não apenas a simulação, mas também outras patologias, como a fraude à lei e o abuso de direito, este último especialmente a partir do novo Código Civil de 2002, contaminam o planejamento feito e o tornam inoponível ao fisco.

Destacando que sua posição nada tem a ver com a chamada “interpretação econômica” na aplicação das leis fiscais, pondera o autor que, sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais, e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível, e contra ela o fisco nada poderá objetar. Contudo, ao discorrer sobre a figura do abuso de direito no campo do Direito Tributário, afirma:

“No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e 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 ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

(...)

Conforme diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo “predominantemente”, pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apoia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido

adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!”

Ainda segundo o renomado autor, em vista de os negócios jurídicos praticados resultarem do exercício de um direito de auto-organização que se apoia no valor liberdade, e gozarem, portanto, da presunção de não abusividade, incumbe ao Fisco o ônus da prova da finalidade predominantemente fiscal.

Na análise das operações efetivamente praticadas e de sua oponibilidade ou não ao fisco, observa Greco que há determinadas circunstâncias ou situações que, embora isoladamente não constituam razão suficiente para inquirir de inoponível determinado ato, demandam especial atenção do intérprete, seja pela sua complexidade, atipicidade ou até mesmo “estranheza”. São as operações por ele conceituadas como “preocupantes”.

A acusação fiscal, pode-se perceber, adotou a classificação exposta por este doutrinador, elencando as situações “preocupantes” que entendeu presentes no caso, e que sucintamente destaco:

- a) Operações estruturadas em sequência (“step transactions”);*
- b) Operações invertidas;*
- c) Uso de sociedades;*
- d) Empresas de passagem;*
- e) Sociedades efêmeras;*
- f) Ágio de si mesmo;*
- g) Operações entre partes relacionadas.*

No caso concreto, conforme destaquei, não vislumbro, a princípio, restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer, a qual, por porção de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio. Nem tampouco há restrições a que sejam feitas sucessivas operações societárias desta natureza.

Contudo, há de se perquirir, em todos esses eventos, se houve efetiva motivação empresarial, ou se se trata apenas de eventos encadeados com finalidade predominantemente fiscal.

Conforme já referido, não há dúvidas de que, acaso tivesse a Bitel incorporado a TNC, ou vice-versa, a empresa daí resultante teria adquirido o direito à amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, com efeitos fiscais.

Nas razões de defesa, argumenta a recorrente que a Bitel, contudo, não podia incorporar diretamente a TNC, nem ser por ela incorporada, em razão de diversos impedimentos societários e regulatórios, a saber, em síntese:

- a Bitel possuía um passivo vinculado à aquisição da TNC que não poderia ser transferido à TNC, por impedimento da legislação societária;

- a incorporação ou fusão das empresas envolvidas acarretaria a perda do poder de controle da Bitel, o que era vedado pela legislação regulatória do setor (Lei Geral de Telecomunicações – LGT);

- a Anatel somente autorizava a incorporação ou fusão das empresas operadoras em uma única empresa após transcorridos cinco anos da promulgação da LGT, ou seja, julho de 2002.

Ora, o fato de existirem impedimentos societários e regulatórios à incorporação direta, sejam eles quais forem, e os quais foram contornados (ou evitados) mediante os eventos societários praticados, não constitui prova da existência de motivo extratributário para a realização das operações. O que se verifica, no caso, e se irá demonstrar a seguir, é que a motivação para a realização das operações foi exclusivamente tributária, e que a série de eventos societários praticados foi apenas a forma encontrada pela recorrente para obter a desejada redução da carga tributária, a qual, no caso concreto, não podia ser concretizada pela via da incorporação direta.

De fato, a integralização de capital na 1B2B, pela Bitel, com as ações da TNC, não representou qualquer intenção de, efetivamente, constituir empresa que atuasse como holding da participação societária na TNC, tanto assim que a existência da 1B2B foi extremamente breve.

Destaco a seguir algumas características desta empresa.

A empresa 1B2B foi constituída em 07 de janeiro de 2000, pelos Srs. Robson Goulart Barreto e Kenneth Gerald Clark Júnior, ambos membros da banca de advogados da Sociedade Civil Veirano & Advogados Associados, empresa a qual emitiu pareceres em 07/04/2000 e 26/05/2000 a respeito da reorganização societária em questão. O capital social de R\$ 1.000,00 ficou dividido em 1.000 quotas de valor de R\$ 1,00, ficando o Sr. Robson Goulart Barreto com 999 quotas e Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior com 1 quota.

Em 31 de março de 2000 (e registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 18/04/2000) foi promovida a primeira alteração contratual da 1B2B (fls. 343-351), por meio da qual o sócio quotista Robson Goulart Barreto cede e transfere a totalidade das suas 999 quotas para a Bitel pelo valor de R\$ 999,00. Neste mesmo instrumento os sócios quotistas Kenneth Gerald Clark Júnior e a empresa Bitel promovem o aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 673.262.640,00, com emissão de 673.261.640 novas quotas, que foram integralmente subscritas e integralizadas pela Bitel mediante a conferência das ações na TNC, tendo o Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior deixado de exercer o seu direito de subscrição das novas quotas, em favor da

Bitel, e continuado a ser detentor de apenas uma quota. Ainda no mesmo instrumento, a 1B2B foi transformada em sociedade anônima.

Já em reunião realizada no dia 10 de abril de 2000 (fls. 352-354) foi debatida e aprovada a proposta de incorporação da 1B2B pela TNC, bem como foi analisado e aprovado o laudo de avaliação da 1B2B elaborado por empresa especializada (ACAL), com base no qual deu-se o registro do ágio, na 1B2B, no valor líquido de R\$ 605.064.441,00 (descontadas as amortizações do ágio acumuladas até 29/02/2000).

Na Assembléia Geral Extraordinária de 28 de abril de 2000 (fls. 355-357) foi aprovada a incorporação da 1B2B pela TNC, considerada como data-base o dia 3 de abril de 2000. Destacou o fisco o curioso “desaparecimento” da participação do Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior, uma vez que, tanto no laudo de avaliação elaborado pela ACAL, quanto na própria ata da AGE de 28/04/2000, e ainda, na cláusula quinta do protocolo e justificação de incorporação da 1B2B pela TNC, e nos itens 2, 8 e 12 do fato relevante publicado em 11/04/2000 pelas empresas 1B2B e TNC, consta que a Bitel detém 100% do capital da 1B2B.

Transcreve-se a seguir trecho do Protocolo de Justificação da Incorporação da 1B2B pela TNC (fls. 377):

“... a incorporação em tela objetiva fortalecer a estrutura financeira da Incorporadora e/ou suas controladas, através do incremento da sua capacidade de geração de fluxo de caixa e de investimento, fortalecimento este que ocorrerá através do aproveitamento pela Incorporadora e/ou suas controladas em suas operações do benefício fiscal representado pela despesa de amortização do Ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97.”

E, a seguir, trecho do fato relevante publicado em 13/04/2000 pelas empresas 1B2B e TNC (fls. 374):

*“3. **Motivos da Operação.** A operação em tela visa ao fortalecimento da estrutura financeira do grupo econômico, ao qual pertence a TNC, através da criação, na TNC, de um ativo diferido (ágio) e, em contrapartida a este ativo, uma reserva especial de ágio no patrimônio líquido da TNC, tudo conforme o disposto no art. 6º da Instrução CVM 319/99.*

*4. **Benefício da Operação.** Em virtude da incorporação em tela, o grupo econômico da TNC terá a possibilidade de obter economias fiscais oriundas da amortização do ágio, surgido em função da incorporação, cujo valor é de R\$ 610.000.000,00 (seiscentos e dez milhões de reais), a ser amortizado em 10 anos. Estima-se que essas economias possam ser da ordem de R\$ 201.000.000,00 (duzentos e um milhões de reais).*

Resta claro, assim, que não houve nenhuma outra motivação para esta operação, que não a tributária, mediante a “transferência” do ágio originalmente pago quando da aquisição no leilão de privatização, para fins de

seu aproveitamento pelo “grupo econômico da TNC”, conforme acima destacado.

Já na ata da Assembléia Geral Extraordinária de 28 de abril de 2000 da TNC (fls. 415), que aprovou a incorporação da 1B2B, bem como o laudo de avaliação do patrimônio feito pela ACAL, constou o seguinte registro:

“5.3. Informado que a Companhia está estudando e avaliando a maneira mais eficiente possível de o benefício fiscal oriundo da amortização do ágio ser aproveitado no âmbito das sociedades operadoras controladas pela Companhia;”

Em nova Assembléia Geral Extraordinária realizada pela TNC em 30 de junho de 2000 (fls. 416-419), foi aprovado o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da TNC, e declarada efetivada a cisão parcial desta, com a incorporação da parcela cindida pelas operadoras, na proporção indicada em laudo elaborado pela ACAL.

Transcreve-se a seguir trecho do referido Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da TNC (fls. 461-467):

“Considerando a cisão parcial da TNC com incorporação da parcela cindida pelas Incorporadoras justifica-se tendo em vista a impossibilidade de utilização total do ágio existente na sociedade 1B2B Participações S.A., por ausência de receitas tributáveis em montante suficiente na TNC; e

Considerando que as Incorporadoras são controladas pela TNC e se beneficiarão da transferência do benefício fiscal resultante da incorporação do ágio existente na sociedade 1B2B Participações S.A., uma vez que geram receitas tributáveis em decorrência de suas operações.

Vem as partes, por este, e na melhor forma de direito (...)”

E, a seguir, trecho do fato relevante divulgado em 13/06/2000 pelas empresas TNC e suas controladas operadoras (fls. 468-472):

“3. Motivos da Operação. A operação de que se trata visa ao fortalecimento da estrutura do grupo econômico ao qual pertence a TNC. A operação em tela representa a concretização dos objetivos traçados por ocasião da incorporação da sociedade 1B2B Participações S.A. pela TNC realizada em 28/04/2000. A presente cisão parcial foi a medida mais eficiente encontrada pelas empresas envolvidas para aproveitar o benefício fiscal gerado pela amortização do ágio no âmbito das Operadoras, conforme antecipado no item 15 do Aviso de Fato Relevante referente à aludida incorporação, o qual fora publicado em 13 de abril na Gazeta Mercantil.

4. Benefício da Operação. Em virtude da incorporação em tela, as Operadoras, e por conseguinte, o Grupo Econômico como um todo, terão a possibilidade de obter economias fiscais oriundas da amortização do ágio surgido nas Operadoras através da cisão

parcial da TNC. O valor total estimado dessas economias, as quais serão percebidos no decorrer dos próximos 10 (dez) anos é de R\$ 203.155.440,00.”

Mais uma vez, resta claro que a única motivação para a realização desta operação de cisão parcial da TNC também foi a tributária, agora para possibilitar que as operadoras viessem a gozar da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, já que a TNC, controladora destas, não gerava “receitas tributáveis em montante suficiente” para aproveitá-lo.

Os demais passos da reestruturação societária efetivados a seguir não tiveram motivação exclusivamente (e nem preponderantemente) tributária. De fato, uma vez tendo a recorrente “transferido” o ágio para as operadoras, e nelas os tendo aproveitado para fins fiscais até janeiro de 2004, a posterior incorporação, pela Telpe Celular S/A, de todas as demais operadoras, representa apenas a concretização de um objetivo empresarial legítimo de consolidação das atividades em uma única empresa.

Da mesma forma, tampouco se vislumbra no evento societário posterior (incorporação da TIM Nordeste Telecomunicações S/A, nova denominação da Telpe Celular S/A, em junho de 2006, pela MAXITEL S/A, no mesmo ato renominada TIM Nordeste S/A) motivação exclusiva ou preponderantemente tributária.

Contudo, nos atos anteriormente analisados em detalhe, identifica-se claramente a ocorrência das operações estruturadas em sequência (onde se destacam o exíguo tempo transcorrido entre as operações, e a ausência de alterações substanciais ocorridas entre o “antes” e o “depois”), o uso de sociedade de existência efêmera como empresa de passagem, e a motivação exclusivamente tributária que orientou os atos praticados.

Na peça de defesa, destaca a recorrente que, a partir da aquisição da TNC, passou a existir a necessidade de uma reorganização ampla, que idealmente “viesse a agrupar ... todas as empresas envolvidas (Bitel, TNC e as seis operadoras) em uma só, daí resultando uma empresa operacional de maior porte, com valor patrimonial condizente com seu valor de mercado”, e que “entre as vantagens dessa operação estavam a obtenção de ganho de escala e a economia de custos”.

Como exemplo desses ganhos de escala, cita a obtenção de empréstimos menos custosos (já que as instituições financeiras levam em consideração o porte da empresa para conceder empréstimos e fixar o percentual de juros), o maior poder de negociação com os fornecedores, e a redução de custos operacionais em geral.

Na verdade, nem mesmo após toda a reorganização levada a efeito, consta que tenha a empresa Bitel, ou mesmo a TNC, se agrupado ou incorporado às demais. De fato, e somente em janeiro de 2004, apenas as seis operadoras é que se consolidaram em uma só.

Portanto, se algum “prejuízo” ou dano comercial — decorrente da impossibilidade de se obter os ganhos de escala antes de janeiro de 2004 — ocorreu, este foi naturalmente absorvido pelas empresas em questão. Afinal, se há impedimentos societários ou regulatórios para que a consolidação das empresas em uma só se efetive, pouco ou nada há a fazer.

Contudo, na seara tributária, parece não concordar a recorrente que os impedimentos societários e regulatórios à prática dos eventos desejados possa constituir óbice a que alcance o seu “legítimo direito” à amortização do ágio pago para fins fiscais.

Ora, conforme exposto no presente voto, a legislação fiscal tornou-se, com a Lei nº 9.532/97, muito mais restritiva com relação à possibilidade de amortização do ágio para fins fiscais. Longe de fazer parte de um “pacote de benefícios” oferecido às empresas vencedoras dos leilões de privatização, trata a lei em questão apenas de regular os efeitos ocorrentes a partir de eventos de fusão, incorporação ou cisão ocorridos, e quando orientados estes por legítimos interesses empresariais.

Pode-se dizer que parte a recorrente do pressuposto de que haveria um “direito natural” à amortização do ágio para fins fiscais, e que este não poderia ser “suprimido” por conta de impedimentos societários ou regulatórios, quando na verdade se verifica que a lei fiscal é muito restritiva com relação à amortização do ágio, mesmo quando este tenha sido efetivamente pago, como o foi, no presente caso. Tanto é assim que, conforme também exposto no presente voto, o aproveitamento fiscal do ágio efetivamente pago, mas já amortizado contabilmente, somente é previsto para os casos de alienação ou liquidação do investimento, mas não para os casos de extinção de participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão. Não cabe aqui questionar a opção do legislador, mas apenas registrar que assim foi por ele disciplinada a matéria.

No caso, portanto, os impedimentos societários e regulatórios existentes fizeram com que a recorrente não pudesse naquele momento promover a incorporação nos moldes que alegadamente desejava realizar, e este fato traz, como de fato trouxe, implicações em todas as órbitas da vida empresarial, inclusive a tributária.

Com relação às alegações recursais de que não poderia o fisco desconsiderar as suas operações para fins fiscais antes da vigência e devida regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN, sirvo-me mais uma vez do magistério de Marco Aurélio Greco⁵ para refutá-las:

“Tratando-se de abuso de direito, o Código Civil assumiu postura clara e inequívoca no sentido de prever que configura ato ilícito. Isto significa que, na hipótese de abuso de direito no campo tributário, haverá uma ilicitude e, portanto, deixará de ser caso de elisão para configurar conduta ilícita (se evasão, sonegação ou outra figura, não é o momento de examinar). Portanto, ainda que o abuso implique uma dissimulação, a ilicitude originária contamina

a operação e, portanto, não é o caso de desconsiderar, mas de identificar o ilícito cometido. O Fisco não fica jungido aos procedimentos do artigo 116, parágrafo único, pois aplica-se o artigo 149 do CTN.”

O CARF também tem adotado firme posição no sentido da necessidade da existência de propósito negocial para que sejam aceitas as consequências tributárias de determinados atos, bem como vem acolhendo a possibilidade do reconhecimento do abuso de direito.

Neste sentido, ainda que o caso concreto verse sobre situação diversa da tratada nos presentes autos, transcrevo a seguir ementa de recente julgado do CARF:

“CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito.” (Acórdão nº 1103-000.501, de 30 de junho de 2011, relator Cons. José Sérgio Gomes)

Em conclusão deste tópico, corretos estão os lançamentos fiscais, tanto na parte que se refere à falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, quanto na parte que se refere à exclusão indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, sendo de se destacar apenas que, com relação à exclusão, conforme exposto no voto, há motivos adicionais (em relação à falta de adição) para considerá-la indevida.

De fato, conforme exposto, a partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio passa a ser feita apenas contabilmente (embora com fins também fiscais), e o ágio já amortizado contabilmente não mais pode ser “recuperado” via exclusão, nem mesmo pela própria empresa que o tenha amortizado. Muito menos pode, como ocorreu no caso concreto, a TIM Nordeste Telecomunicações S/A (operadora resultante da incorporação de todas as seis operadoras em uma só) reduzir o seu lucro tributável com a exclusão, via Lalur, de parcelas do ágio que já haviam sido amortizadas pelas empresas Bitel e 1B2B.

Em resumo: inexistindo extinção do investimento mediante real reestruturação societária entre investida e investidora não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas.

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso também em relação à tal infração.

3 DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

O ilustre Relator entendeu não ser possível a cobrança de juros sobre a multa de ofício seria ilegal.

Discordo de tal posicionamento.

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos nº 9101-00539, de 11/03/2010, e nº 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

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

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

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

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a

interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

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

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

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

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

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

Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

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

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

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

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

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

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários

(Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins,

*DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp
831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana
Calmon, DJU de 12.02.07).*

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

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

No que se refere ao período de 01/01/1995 a 31/12/1996, sustentam alguns que o Parecer MF/SRF/Cosit nº 28/98 teria deixado claro não ser exigível a incidência de juros sobre a multa de ofício tendo em vista as disposições do inciso I, do art. 84, da Lei nº 8.981/95.

O mencionado Parecer, ainda que conclua pela incidência dos juros sobre a multa de ofício para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, de fato manifesta-se nos termos dessa tese. Entretanto, constata-se que o referido Ato Administrativo não levou em consideração a alteração legislativa trazida pela MP nº 1.110, de 30/08/95, que acrescentou o § 8º ao art. 84, da Lei 8.981/95, e que estendeu os efeitos do disposto no *caput* aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Isso posto, voto por manter a exigência de juros moratórios sobre a multa de ofício lançada, negando provimento ao recurso também em relação a tal ponto.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Redator Designado