



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

145
L

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ FEDERAL DA 4ª VARA
FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL

JUNTADA
Fls. 145/152
Dat. 10 1 12 12
Secretaria da 4ª Vara/DF Mat. 1400358
L

EM ACOMPANHAMENTO ESPECIAL

JFDF 4ª
10/01/2012 17:25 000012750

PROCESSO Nº. 48882-90.2012.401.3400
AUTORA: FERNANDA SORATTO ULIANO RANGEL
RÉ: OI S/A E UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

A União (Fazenda Nacional) vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Procurador da Fazenda Nacional ao final assinado, tempestivamente, com base nos dispositivos pertinentes do Código de Processo Civil, expor e, ao final, requerer o quanto segue.

DOS FATOS

A Autora Popular propôs a presente Ação para anular decisão administrativa proferida nos autos do PAF n. 18471.000999/2005-29, que considerou plenamente lícita a utilização,

L



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

pela primeira Ré (Oi), de ágio decorrente de série de aquisições e mudanças societárias ocorridas entre as suas controladoras.

Na origem, podemos verificar que ocorreu, fundamentalmente, o seguinte: sabidamente, o Governo Brasileiro promoveu a desestatização de várias empresas estatais, dentre elas, a do Sistema Telebrás. A União cindiu esse Sistema em várias companhias menores e as pôs à venda através do Edital MC/BNDES n. 01/1998, que possibilitou que o braço empresarial denominado Tele Norte Leste Participações S/A – doravante denominada simplesmente de Tele Norte – fosse alienado através de leilão.

O leilão da Tele Norte foi vencido por consórcio empresarial formado pelas empresas Construtora Andrade Gutierrez S/A, Macal Investimentos, Fiago Participações, Brasil Veículos Companhia de Seguros e Companhia de Seguros Aliança do Brasil. Este consórcio constituiu, antes da aquisição da Tele Norte, a empresa Guanaco Participações S/A, que veio, posteriormente, a mudar a sua denominação para Telemar Participações S/A – que será nominada a partir deste ponto simplesmente de Telemar – cujo objeto social era única e exclusivamente a participação acionária na Tele Norte.

A vitória do consórcio – agora, Telemar – não retirou da sociedade outros acionistas, dentre eles a empresa 140 Participações S/A, a ser chamada simplesmente de 140 Participações. Esta empresa – a 140 –, por sua vez, tinha como acionista a própria Telemar e miríade de acionistas pessoas físicas. Tínhamos o seguinte quadro: a Tele Norte era controlada pela Telemar, de um lado, e pela 140 Participações, de outro, a qual controlava de fato a Tele Norte.

Seguindo adiante, a Telemar assume todas as obrigações contraídas por aquele consórcio, por ocasião do leilão, perante a União, quer dizer, para todos os efeitos legais e jurídicos, o consórcio vencedor transferiu os seus direitos e participações, inclusive quanto a pagamentos e prazos, na Tele Norte à Telemar. Dessa maneira, as empresas integrantes do grupo ficaram automaticamente, com a assunção de suas obrigações pela Telemar, livres de quaisquer dívidas. Essa



146

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

assunção foi formalizada por meio de contrato que foi chamado pelas partes de “Instrumento Particular de Assunção de Dívidas, Dação em Pagamento e outras Avenças”.

Os acionistas minoritários pessoas físicas da 140 Participações resolvem se despedir da empresa e oferecem, em respeito ao seu direito de preferência, à Telemar as respectivas ações. Esta aceita e providencia a avaliação das ações através de laudo que portará, inclusive, análise da rentabilidade futura da empresa adquirida no leilão (a Tele Norte). Feito o laudo e aprovada a operação nas respectivas assembleias de acionistas, a Telemar integraliza o aumento de capital da 140 Participações – com a retirada dos então acionistas pessoas físicas – com as ações em seu poder da Tele Norte. Essa operação faz com que a 140 Participações se torne subsidiária integral da Telemar. Subsidiárias integrais são companhias cuja totalidade do capital é de propriedade exclusiva de uma única companhia.

Na mesma operação, as respectivas assembleias de acionistas aprovam a transferência do investimento (positivo) para a 140 Participações, enquanto que a Telemar fica com o passivo resultante da compra da Tele Norte no leilão de privatização. Também resulta da mesma operação que a Telemar torna-se controladora indireta da Tele Norte. Indireta porque o seu controle acionário sobre a Tele Norte faz-se por meio de outra empresa.

Posteriormente, a Telemar resolve incorporar a 140 Participações à Tele Norte. Novamente, os laudos são elaborados e, após a aprovação pelas respectivas assembleias de acionistas, a 140 Participações é incorporada ao patrimônio da Tele Norte. Isto traz inúmeras consequências: a) a 140, em face da incorporação, é extinta; b) as ações que a 140 possuía da Tele Norte são transferidas à Telemar pelo seu valor contábil, historiado em laudo e aprovado em assembleia; c) o valor das ações adquiridas pela controladora da 140 (Telemar) pela incorporação à Tele Norte monta a R\$ 2.464.787.233,00, que é o valor do ágio pago no leilão de privatização pelo então consórcio de empresas (agora Telemar); d) finalmente, como a Tele Norte incorporou a sua anterior controladora (a 140), que, por sua vez, detinha o crédito do investimento, o que fez a Tele Norte? Registrou, como ágio por rentabilidade futura, em sua contabilidade, o valor de R\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

2.464.787.233,00. A conta contábil que registrou esse valor foi denominada de “Reserva Especial de Ágio” e significava que, agora, a Tele Norte, finalmente, poderia fazer uso do valor para efeito de dedução do seu lucro real.

A Administração Tributária não aceitou os efeitos fiscais da incorporação que a Telemar providenciou entre a 140 e a Tele Norte. Considerou a Fiscalização ter havido mera camuflagem – simulação – de negócios jurídicos sem estarem acompanhados da efetiva vontade de assim o fazer. Tanto que, na prática, apesar das inúmeras operações societárias, não houve transferência de titularidade das ações. Glosou a conta especial “Reserva Especial de Ágio” por indevida economia fiscal-planejamento tributário e lavrou o auto de infração, no qual consta, especificamente: a) o Protocolo de Incorporação da 140 é expresso quanto à vontade da operação: apenas deduzir o ágio; b) realmente, a Lei Tributária, além de outros requisitos para permitir a dedutibilidade do ágio, menciona a incorporação. Mas esta incorporação há de ser real e não ficta; c) as inúmeras operações societárias devem ser consideradas simulações porque, além de terem sido presos à literalidade da lei, não denotaram nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados.

Formalizada a ação fiscal, com base nos motivos suso descritos, a Primeira Ré foi instada a pronunciar-se sobre a legalidade fiscal das operações que redundaram na utilização do ágio pela Tele Norte. As razões alocadas não foram convincentes e a Administração Tributária lavrou o auto, adicionando, ao lucro real (para efeito de IRPJ) e ao lucro líquido (para efeito de CSL), de acordo com as informações constantes das DIPJ's, os valores que a Tele Norte foi, ao longo dos exercícios, utilizando para amortizar o dito ágio.

Como não poderia deixar de ser, a Primeira Ré OI impugnou o Auto de Infração. Asseverou que a Fiscalização não poderia ter enjeitado a utilização do ágio, afastando a aplicação do art. 386 do RIR – que permite a dedução do ágio quando presentes a diferença de valor de mercado ou previsão de rentabilidade futura, mas desde que haja a incorporação, fusão ou cisão –, porque a própria Fiscalização teria atestado a realidade das operações. Além do mais, teria dito que: a) a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

147

Telemar nada mais era do que uma *holding*, conforme a Lei previa, da Tele Norte; b) é inegável que as ações da Tele Norte foram adquiridas no leilão pelo Consórcio de empresas por preço maior do que o seu valor contábil de patrimônio líquido registrado. E era direito seu, como de resto de qualquer empresa que participasse do processo de privatização, a utilização dessa diferença; c) o problema é que não seria possível utilizar esse ágio acaso a Telemar fosse incorporada diretamente pela Tele Norte, dès que a Telemar, obrigatoriamente, registrava os custos de aquisição da Tele Norte, o que redundaria no crédito (o ágio) ser anulado pelas obrigações (as dívidas contraídas na aquisição da Tele Norte); d) por isso, a Telemar, a exemplo do que ocorreu com outras empresas adquirentes de empresas privatizadas, optou por utilizar-se de empresa inicialmente não operacional (a 140 Participações) para que, mais tarde, essa mesma empresa pudesse ser incorporada à controlada (no caso, à Tele Norte e, por conseguinte, mais tarde, à Primeira Ré OI).

A matéria foi a julgamento pela 4ª Turma da DRJ/RJ, que, apesar de manter a autuação, reduziu, por maioria, a multa de ofício aplicada de 150% para 75%, em Acórdão assim ementado:

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

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: **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.

EXIGÊNCIA DA MULTA AGRAVADA DE 150%. INAPLICABILIDADE. A hipótese de incidência da multa agravada prevista no inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, não contempla a circunstância verificada nos autos de observância da legislação societária e de ampla divulgação dos atos e negócios praticados, se a situação caracteriza a hipótese do inciso I (multa de 75%) consistente na falta do



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

efetivo pagamento da dedução do ágio amortizado nas declarações de rendimentos dos anos-calendários fiscalizados.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: **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.” (os destaques estão no original).

Houve dois recursos: um, voluntário, por parte da Primeira Ré OI, por não se conformar com a manutenção da quase integralidade da autuação; outro, de ofício, da própria DRJ, em face da redução da multa de ofício ter representado valor superior à alçada.

O processo guindou à 5ª Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes, que resolveu anular a decisão da DRJ/RJ, dès que não poderia a Autoridade Julgadora substituir a Autoridade Lançadora por falta de competência, julgando prejudicado o recurso de ofício. A ementa é esta:

“RECURSO VOLUNTÁRIO: NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – É nula a decisão de primeira instância que centra a manutenção da autuação em motivação diversa daquela constante do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e por não se revestir a autoridade julgadora da competência para lançar.

RECURSO DE OFÍCIO. Tendo a decisão de primeira instância sido anulada, não cabe o exame de recurso de ofício.”

Em face da extinção dos Conselhos de Contribuintes, o processo retornou à Primeira Ré para ciência, a qual manteve a Impugnação então manifestada. O litígio foi submetido novamente ao julgamento da DRJ/RJ, que proferiu novo Acórdão, mantendo o auto de infração. Cientificada dessa decisão em 10/09/2008, a Primeira Ré recorreu tempestivamente em 09/10/2008 ao CARF. Este, por meio de sua Primeira Seção de Julgamento, houve por bem dar provimento ao recurso voluntário da Primeira Ré e negar provimento ao recurso de ofício. A ementa do julgado é



148

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

esta:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ
Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003
Ementa: SIMULAÇÃO Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

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.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL
Ano-calendário:
2000, 2001, 2002, 2003
LANÇAMENTO DECORRENTE Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.”

É precisamente contra este Acórdão que esta Ação Popular foi proposta, mirando



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

na sua anulação, fazendo com que o Auto de Infração lavrado pela Fiscalização torne-se novamente subsistente. Alui a Autora Popular, na fundamentação da Ação, nuclearmente, aos mesmos argumentos utilizados pela I. Fiscalização e que foram derrubados, como se vê, pelo CARF. Aduz, ainda, a uma possível e suposta “omissão arrecadatória” e ao que seria fato gerador da obrigação tributária da Primeira Ré.

Esse Em. Juízo determinou a citação da Fazenda Nacional para posicionar-se a respeito, o que fará nos termos que doravante seguem.

DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA FAZENDA NACIONAL

Antes de ferir o Mérito Processual, é preciso fazer alguns esclarecimentos que, ao que tudo consta, passaram muito ao largo das percepções da Autora Popular e que a levou, desgraçadamente, a mencionar – suposta – “inércia” da Fazenda Nacional.

Todos sabemos que, passados os ventos alvissareiros da Revolução Setecentista, os diversos Estados Nacionais que se formaram em suas bases, ou estabeleceram uma separação realmente rígida entre os Poderes, de maneira, por exemplo, a impedir que o membro de um comparecesse perante o membro de outro, ou estabeleceram mecanismos de convivência harmônica entre eles, cujo expoente maior teria sido a ex-colônia inglesa nas Américas, que cognominou tal equilíbrio de *chack and balances*. Na França, berço da Revolução, os atos do Poder Executivo não são controlados pelo Poder Judiciário, existindo para tanto o Conselho de Estado. As Letras Jurídicas clássicas denominaram, tradicionalmente, a fórmula absoluta francesa de contencioso administrativo.

Implantada a República, em 1889, um dos problemas foi precisamente saber que modelo institucional entre os Poderes teríamos: se o contencioso, se o do *chack and balances*. Como



149

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

sempre ocorre conosco, brasileiros, quando estamos diante desse dilema, optamos por um modelo híbrido. A tendência brasileira de incorporar modelos modificando-os em suas estruturas faz parte de nossa cultura. E foi o que fizemos: criamos, então, o contencioso administrativo sindicável ao Poder Judiciário, quer dizer, sempre foi de nossas Tradições Jurídicas, o contencioso administrativo valer até que não haja decisão judicial, pois esta prepondera sobre a decisão administrativa. Por outro lado, como que se rendendo ao contencioso, também sempre se disse que o Poder Judiciário não poderia adentrar sobre o Mérito do Ato Administrativo, mas apenas rever os aspectos objetivos da legalidade, motivos (desde que declinados) e etc.

Estamos presenciando que, onde houver contencioso administrativo (em matéria fiscal, previdenciária, financeira, de saúde, enfim, nas diversas áreas de atuação do Estado), aí haverá autonomia das decisões administrativas enquanto não houver decisão judicial em contrário. Não é por outra razão que se diz que, no âmbito administrativo, não pode haver “trânsito em julgado”, mas apenas preclusão processual, pois, a qualquer momento, desde que não incidente a decadência ou prescrição, a decisão administrativa, ressalvado a autonomia de seu mérito, pode ser revista pelo Poder Judiciário pelos seus aspectos extrínsecos.

Essa foi a fórmula híbrida encontrada por nós para a harmonia que deve existir entre os Poderes Executivo e Judiciário.

A mesma liberdade que tem o Poder Legislativo ao regular, em corpo codificado de lei, o processo civil, tem o Poder Executivo ao regular o PAF, tanto que o fez, inicialmente, por Decreto, recebido com *status* de lei ordinária, que é complementada pelo Regimento Interno do CARF. Nessa regulamentação, mesmo antes da Fazenda Nacional adquirir, pela Constituição de 1988, a capacidade de estar em juízo em nome da União, Ela (Fazenda) já se imiscuia no PAF de maneira a defender os lançamentos fiscais. Muito mais do que isso, já supedaneava o então Ministério Público Federal, a quem pertencia a capacidade de estar em juízo defendendo a União, com pareceres com os quais era possível a defesa da União nas causas tributárias.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

A salutar experiência adquirida no âmbito do PAF pré-1988, inclusive, talvez tenha sido o principal fundamento pelo qual os Constitucionais de 1987-1988 tenham resolvido outorgar definitivamente plena capacidade à Fazenda, como se pode ver do art. 132 da Constituição. Na verve própria do PAF (pugnando oralmente, recorrendo, contrarrazoando, fazendo memoriais e etc.), antes ou depois de 1988, antes ou depois da própria Lei de Ação Popular (desde a época da então Procuradoria dos Feitos da Fazenda e da Coroa, de onde saíam os primeiros Delatores Públicos, dos quais se originaria, pouco mais tarde, o Ministério Público), a Fazenda já praticava a defesa da União que, agora, nestes autos, a Autora Popular pretende, de maneira pia e louvável, encetar. Mas é preciso advertir: esta, com as vênias de estilo, talvez seja a primeira vez que a Autora Popular procurará defender os possíveis interesses da União – e esperamos que não seja a última –, enquanto que, para a Fazenda Nacional, é apenas mais uma estrela na miríade de constelações que, como qualquer outra, há de merecer a mesma atenção, o mesmo denodo e o mesmo trabalho.

Tanto é verdade que basta ver – e assim o afirmamos com os devidos cuidados – que o CARF não existe sem que, do outro lado, esteja presente a Fazenda Nacional. Não foi diferente no caso destes autos. A Fazenda estava presente, mas, assim como ocorre no processo judicial quando, em face de jurisprudências assentes, não se admitem mais quaisquer recursos, no âmbito do PAF é o mesmo, já que a Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF do CARF só pode ser acessada, quando o julgado é tomado por **unanimidade de votos**, hipótese do Acórdão 1301-000.711 anulando, quando presentes as estritas hipóteses regimentais, como, por exemplo, divergência entre o julgado recorrido e outro da mesma Câmara, Turma ou Seção, inclusive, da própria CSRF.

Nesse diapasão, não podemos realmente pensar como, infelizmente, o fez a Autora Popular em termos de “inércia”, pois “torpor paralisante” nenhum acometeu a Fazenda Nacional teoricamente em seu mister no âmbito do contencioso administrativo. A Fazenda se faz presente, sustenta, contrarrazoa, recorre (quando possível) em todos processos existentes no CARF. Assim, não podemos dizer que seja inerte. Se existirem outros fatos que desmontem tal assertiva teórica, que os mesmos venham, mas, até lá, que nos abstenhamos de dizer que a Fazenda Nacional teria sido inerte.



150

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

**DA ATUAÇÃO JUDICIAL
DA FAZENDA NACIONAL**

Forte no quanto dito no Tópico supra, diríamos também que a atuação judicial da Fazenda Nacional tem aspectos diferentes de sua atuação administrativa. A respeito dessa dicotomia, basta citar como um dos pontos apicais de diferença que, por ser a Fazenda a instituição que defende a União em causas tributárias, não é pacífica a tese de que poderia ingressar em juízo pleiteando a anulação, por exemplo, de decisões administrativas oriundas do PAF, por ser o CARF órgão da própria União, ainda que, teoricamente, discorde dessa decisão.

Mas, assim como ocorre com a instância judicial, na qual, havendo a decisão de última instância, não pode mais a Fazenda Nacional insistir, mas apenas cumprir, aqui, igualmente, no âmbito do PAF, atingindo o processo a última instância – e, no caso concreto destes autos, assim o foi –, não é mais possível a Fazenda insistir, mas apenas cumprir tal decisão, ainda que, como ocorre judicialmente, jamais fique satisfeita com o resultado.

É o mesmo que dizer que a Fazenda tivesse que defender a atuação que a Receita Federal desfechou contra outro órgão público federal, por exemplo, por falta de recolhimento e repasse do IR-fonte dos respectivos servidores. Ora, como a Fazenda defende a União, não poderia a Fazenda, para manter o auto, ir contra a decisão administrativa desse mesmo órgão que refutasse a mesma atuação, inscrevendo e executando a dívida.

No caso, para que o PAF referenciado prosseguisse à Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF do I. CARF, seria preciso, de acordo com o Regimento Interno deste último, divergência da decisão tomada com outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial e/ou Turma da mesma ou de outra Seção de Julgamento ou mesmo da CSRF. Na hipótese vertente, outro julgado que adotasse tese divergente da tese do julgado recorrido não foi localizado, não tendo podido a Fazenda recorrer, pois, à instância máxima do CARF – exatamente a CSRF.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Tudo nos mostra que não é tão simples, como talvez tenha pensado a Autora Popular, que a Fazenda, diante do resultado do primeiro julgamento do então Conselho de Contribuintes e/ou do posterior julgamento da Primeira Seção do CARF, pudesse incontinenti ingressar com ação judicial contra tal decisão administrativa, pois isto implicaria ir contra a União em matéria tributária, o que ocasionaria a Fazenda, em última *ratio*, ter que ir contra a própria Fazenda.

Nem a circunstância de estar envolvida na causa empresa privada resolveria o drama. Com efeito, apesar da presença da OI, sabemos que a questão não é propriamente contra esta, mas sim, contra mesmo a decisão administrativa do CARF tomada em segunda instância. Continuaríamos diante do dilema da Fazenda estar contra a própria Fazenda...

Portanto, muito ao contrário do que possa ter parecido à Autora Popular, dizer como a Fazenda poderia ter agido, sobretudo, reclamando a tutela jurisdicional, não é tão fácil assim quando colocamos em análise as muitas variáveis envolvidas. Repele, pois, a Fazenda todas e quaisquer afirmações autorais no sentido de que teria sido “omissa” ou que teria provocado qualquer “prejuízo”, dêis que percebamos que fez o que tinha que fazer e, mais do que isso, **o que era possível fazer** em face das regulamentações normativas e regimentais aplicáveis à espécie.

DO MÉRITO

Conforme dito nos tópicos anteriores, a anulação do lançamento fiscal foi decidida pela 1ª Seção de Julgamento do CARF, que é a segunda instância do contencioso administrativo fiscal, pois, repisando, ainda teríamos a Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF do próprio CARF, a qual não foi acessada, como dito anteriormente, pela representação da Fazenda no CARF porque, de acordo com o Regimento Interno deste último, seria preciso divergência da decisão tomada com outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial e/ou Turma da mesma ou de outra



151
12

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Seção de Julgamento ou mesmo da CSRF. Assim, à semelhança do processo judicial que impede o recurso quando a jurisprudência estiver de acordo com o julgado recorrido ou, melhor dizendo, quando o julgado recorrido estiver de acordo com a jurisprudência, o recurso especial administrativo à CSRF não pôde ser empregado.

De qualquer maneira, é crível dizer que o fundo da discussão encetada pela Autora Popular é saber se o ágio poderia ou não ser usado pela Primeira Ré. O Acórdão rescindendo partiu da tese de que, como o ágio utilizado pela Primeira Ré nada mais foi do que aquele mesmo pago pela aquisição da então Tele Norte, e que reverteu ao patrimônio desta mediante incorporação de empresa veículo (a 140 Participações), planejamento tributário perfeitamente permitido, nenhuma autuação poderia ter sido feita.

Confira-se parte da Ementa do Acórdão, suso destacado: “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”. Considerou o CARF que o ágio seria perfeitamente utilizável, pois não redundou em economia de tributos diferente daquela que a Primeira Ré teria pela aquisição da Tele Norte.

O mérito dessa decisão administrativa, como vimos acima, não está submetido ao controle judicial. O que está submetido ao controle judicial nada mais seria do que a legalidade estrita. Por essa razão, a Autora Popular defenderá que o Acórdão rescindendo estaria ofendendo a Lei Tributária na precisa medida em que “o ágio amortizável é aquele que possui substrato econômico no mundo real e que deriva de operações entre sujeitos não relacionados, o que não ocorreu no ágio criado de forma artificial nas operações societárias do Grupo Telemar (...) ora questionadas” (fls. 20). Se percebermos bem, essa fundamentação é rigorosamente aquela defendida



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

pela Fiscalização Tributária no Termo de Verificação Fiscal. E, se tivermos percepção ainda melhor, veremos que, enquanto o Acórdão rescindendo parte do pressuposto de que não houve economia de tributos indevida, pois o ágio realmente existiu, a Autora Popular (e a Fiscalização) parte de pressuposto diferente, diverso, que é o ágio ter sido simulado entre empresas componentes do mesmo grupo societário.

Isto nos leva a fazer a seguinte indagação: para efeitos da Lei Tributária, o que importa é a operação jurídica formal de “transporte” do ágio através de empresa veículo para dedução do IRPJ e CSSL ou a real intenção das partes no negócio jurídico? Está claro que a Autora Popular, assim como a Fiscalização, optou pela última diretriz, como a dizer que, muito embora, formalmente, esteja tudo correto, a intenção das partes pode vir a anular o negócio jurídico e, portanto, os seus regulares efeitos jurídicos.

Desconhecer não podemos que o negócio jurídico pode ser portador de vício insanável de nulidade consistente, para o que interessa aos presentes autos, na dicotomia que possa existir entre a vontade manifestada no papel e a real vontade das partes, vício esse chamado de simulação. O problema é que a simulação é questão de fato, ou seja, é matéria dependente de exaustiva prova ou, melhor, de exaustivas provas, todas caminhantes no mesmo sentido.

Infelizmente, a Autora Popular não cambiou a estes autos mais do que suas palavras, as quais, apesar de valorosas, não de estar estribadas em provas hábeis, robustas e idôneas de que, realmente, houve simulação nos negócios jurídicos societários praticados pela Primeira Ré. Enquanto a Autora Popular não se desincumbir do seu ônus de provar que, realmente, houve simulação, não podemos deixar de ofertar os necessários efeitos jurídicos aos negócios praticados pelas pessoas privadas. Muito embora não seja da nossa vontade, é curial reconhecermos e nos rendermos à evidência de que o planejamento tributário existe e, para que o possamos rescindi-lo, é primordial que saíamos da discussão entre teses e partamos para os fatos concretos da vida. Enquanto não conseguirmos provar as nossas assertivas, muito embora não o concordemos, temos que nos render aos efeitos dos negócios jurídicos.



152
✓

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Absolutamente está apregoando a Fazenda que o Acórdão rescindendo encerra a verdade ao cancelar o negócio jurídico privado realizado pelo grupo societário. Quiçá, o melhor para o caso fosse abrir o processo novamente em diligência antes do julgamento propriamente dito para que o assunto da simulação fosse exaustivamente rediscutido, através, não mais de argumentos, mas de provas concretas e substanciais.

A Fazenda Nacional considera, diante desse quadro, que a simulação é fato, sim, suficientemente robusto que, não apenas poderia, como pode, vir a anular o “transporte” do ágio desde a aquisição da Tele Norte no leilão de privatização até a sua “chegada”, através da 140 Participações, à própria Tele Norte momentos depois. O Direito não tolera atos simulados e nega-lhes os naturais efeitos, até com mais veemência do que sob a égide do Código de 1916.

Institucionalmente, a Fazenda Nacional, salvo expressa autorização legal e/ou administrativa a respeito, há de ficar com o crédito fiscal onde quer que ele esteja ou para onde quer que vá. Mormente quando, como no caso destes autos, há alegação de simulação que precisamos esgotar. Aguardemos, então, a *performance* das partes a respeito. Da Fazenda, desde já, é seu entendimento que precisamos colher o depoimento dos Srs. e I. Auditores Fiscais que lançaram o auto, bem como dos representantes da empresa de auditoria externa que participaram do processo, além de outros que, doravante, se fizerem necessários.

DO PEDIDO

Pelo exposto, requer a Fazenda Nacional que Vossa Excelência se digne a receber as presentes Razões com o fito de preservar o interesse público em ordem a aguardamos a dilação probatória nestes autos, que, no seu prefacial entendimento, haverá de demonstrar a ocorrência de simulação, com o que os negócios jurídicos societários praticados pela Primeira Ré haverão de ser anulados e, em consequência, o crédito fiscal lançado por meio do auto subsistirá integralmente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Protesta provar o alegado mediante todas as provas em Direito admitidas, em especial, pelos depoimentos já nesta peça protestados acima, sem prejuízo de quaisquer outras provas que, no decorrer do processo, se fizerem necessárias.

Observemos que tais depoimentos podem ser facilmente feitos através de videoconferência ou mesmo por meio da rede, em tempo real, sem precisar de deslocamento a Brasília.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 10 de dezembro de 2012.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

SEBASTIÃO GILBERTO MOTA TAVARES
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL
Divisão de Acompanhamento Especial/PRFN-1