



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10283.005438/2007-93
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.746 – 1ª Turma
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria LEGITIMIDADE DO APROVEITAMENTO FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA (nova denominação de NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF/2009. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DISCUSSÕES JURÍDICAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIMENTO.

Se os contextos fáticos analisados pelos acórdãos recorrido e paradigma são distintos e as discussões jurídicas são diversas, logicamente constata-se a inexistência da divergência jurisprudencial requerida pelo art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 (e também pelo dispositivo equivalente do RICARF/2015), devendo, como consequência, não ser conhecido o recurso especial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Relator e Presidente em Exercício

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Gerson Macedo Guerra, Demetrius Nichele Macei, Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL em 20/06/2014, com fundamento no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (RICARF/2009), em que se alega a existência de divergência jurisprudencial acerca de matéria relacionada à lide.

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1302-001.405, por meio do qual os membros da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por unanimidade, dar provimento ao recurso voluntário para determinar a homologação total de declaração de compensação entregue pela contribuinte, então denominada NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, em abril de 2006.

Na aludida declaração de compensação, a contribuinte pleiteou a utilização de crédito referente a saldo negativo de CSLL do ano-calendário 2005, no valor de R\$ 8.423.610,14, para compensar débitos próprios de PIS (período de apuração março de 2006; valor R\$ 1.763.728,63) e COFINS (período de apuração março de 2006; valor R\$ 7.081.062,02).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Manaus/AM, por meio do Despacho Decisório DRF/MNS/SEORT 10283.005438/2007-93, de 11/04/2008, considerou não homologadas as compensações declaradas pela contribuinte, em razão da inexistência do alegado direito creditório relativo a saldo negativo de CSLL do ano-calendário 2005. A decisão considerou indedutíveis algumas despesas que a contribuinte deduziu no cálculo de tal saldo negativo, concernentes à amortização de ágio (*goodwill*), no valor de R\$ 140.221.472,01, e ao pagamento de *royalties* a controladora estrangeira, no valor de R\$ 67.808.363,21.

Diante da não homologação de suas pretensões de compensação, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, julgada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Belém/PA, em 18/12/2008. O acórdão de julgamento manteve a não homologação no que toca à parte do saldo negativo de CSLL oriundo da dedução das despesas de amortização de ágio, mas determinou a homologação da parte relacionada às despesas de pagamento de *royalties*. Assim, reconheceu-se o direito creditório da contribuinte a um saldo negativo de CSLL, relativo ao ano-calendário de 2005, no valor de R\$ 5.197.755,09.

Em razão da manutenção parcial da não homologação das compensações que declarou, a contribuinte interpôs recurso voluntário visando a reforma do acórdão exarado pela DRJ em Belém/PA. Por meio do Acórdão nº 1302-001.405, contra o qual ora se insurge a recorrente, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, decidiu pela regularidade da dedução das despesas de amortização do ágio e, conseqüentemente, pela existência do direito creditório clamado pela contribuinte e pela homologação total das compensações declaradas em abril de 2006.

O ágio cujas despesas de amortização a contribuinte defende serem dedutíveis é oriundo de operações societárias realizadas no ano 2000, que passam ser brevemente descritas.

A contribuinte, que tinha então a denominação de NG INDUSTRIAL LTDA., era uma *joint venture* societária estabelecida entre os grupos GRADIENTE, brasileiro, e NOKIA, finlandês. A pessoa jurídica estrangeira NOKIA MOBILE PHONES LTDA. controlava 51% das quotas de capital social da contribuinte, enquanto a empresa nacional GRADIENTE TELECOM S.A. era detentora dos 49% restantes.

Em 19/10/2000, a empresa NOKIA HOLDING DO BRASIL LTDA. (doravante mencionada apenas como "NOKIA HOLDING"), constituída pelo grupo NOKIA em abril daquele ano, adquiriu os 49% das quotas da contribuinte até então detidos pela GRADIENTE TELECOM S.A.. Na ocasião, foram pagos R\$ 782.565.760,78 pelas quotas, cujo valor patrimonial era de R\$ 80.567.194,95, o que provocou a contabilização, nos registros da adquirente, de ágio no valor de R\$ 701.998.565,83. Os recursos empregados na operação de aquisição foram recebidos pela NOKIA HOLDING de sua controladora finlandesa NOKIA CORPORATION, por meio de operação de aumento de capital social e de concessão de empréstimos.

Como passou a ser totalmente controlada por pessoas jurídicas pertencentes ao grupo econômico NOKIA, a contribuinte teve, em 15/12/2000, sua denominação alterada de NG INDUSTRIAL LTDA. para NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA ("NOKIA DO BRASIL").

Já em 31/01/2001, a contribuinte incorporou sua investidora NOKIA HOLDING, extinguindo-a, por meio de operação conhecida como incorporação reversa ou "às avessas". Assim, o ágio contabilizado na primeira empresa, relativo à aquisição das quotas da contribuinte NOKIA DO BRASIL, foi levado para a contabilidade desta última.

Julgando-se amparada pela regra insculpida no art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999), que reproduz os comandos legais dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a contribuinte passou a aproveitar fiscalmente o ágio por meio da dedução das despesas relativas à sua amortização. Entre fevereiro de 2000 e janeiro de 2006, foram deduzidas despesas que totalizaram R\$ 701.107.360,05, valor próximo à integralidade do ágio registrado na NOKIA HOLDING.

Somente no ano-calendário de 2005, que interessa ao presente processo, foram deduzidas despesas que somaram R\$ 140.221.472,01. Como a DRF em Manaus/AM considerou tais despesas indedutíveis, não reconheceu o direito creditório reclamado pela contribuinte em sua declaração de compensação (saldo negativo de CSLL do ano-calendário de 2005), em decisão que foi mantida em primeira instância (no que toca às despesas de ágio) e posteriormente reformada pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, por meio do Acórdão nº 1302-001.405, que foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Exercício: 2006

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. DEDUTIBILIDADE.

Após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), é dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do investimento. A incorporação

da investidora pela investida (incorporação reversa) é operação prevista em lei, bem assim seus efeitos tributários.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2006

INEXATIDÃO MATERIAL. CORREÇÃO.

Constatada inexatidão material no acórdão de primeira instância, impõe-se sua correção.

Após a formalização do acórdão, os autos foram encaminhados de forma eletrônica à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 11/06/2014, para fins de ciência do teor da decisão. A intimação pessoal do Procurador se daria, portanto, em 11/07/2014, nos termos do § 3º do art. 7º da Portaria MF nº 527/2010.

Antes disso, em 20/06/2014, a PGFN interpôs recurso especial tempestivo insurgindo-se contra o Acórdão nº 1302-001.405, sob a alegação de que a decisão teria dado à legislação tributária interpretação diversa da que tem sido adotada em outros processos julgados no âmbito do CARF, no que toca à possibilidade de amortização de ágio com a utilização de empresa veículo e mediante a chamada incorporação reversa.

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial previstos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2009, a recorrente apontou acórdãos de turma de Câmara do CARF e do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes que teriam dado ao tema debatido interpretação diversa daquela esposada pela decisão recorrida.

A PGFN narra que o acórdão recorrido teria admitido a amortização de ágio mesmo com utilização de empresa veículo e a adoção da chamada "incorporação reversa" ou "incorporação às avessas". Assim, teria entrado em divergência com o Acórdão nº 1101-000.899, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF concluiu que o aproveitamento tributário do ágio só é possível quando uma pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, não tendo direito à amortização do ágio a investida que incorpora a investidora. A decisão recorrida estaria em divergência também com o Acórdão nº 101-00.120 (proferido pela 1ª Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes), que não admitiu a amortização do ágio oriundo de operação que envolvia empresa veículo e incorporação reversa.

Após defender a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas, a PGFN apresenta alegações que deveriam, sob seu ponto de vista, provocar a reforma da decisão recorrida no que diz respeito à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio discutido no processo. Em suma, argumenta-se que:

- Nos termos dos arts. 385 e 386 do RIR/1999, a amortização do ágio é consequência de dois atos: a aquisição da participação societária com sobrepreço (fundamentado em expectativa de rentabilidade em exercícios futuros) e, posteriormente, a absorção (mediante incorporação, fusão ou cisão) do patrimônio da pessoa jurídica na qual se detém a participação societária adquirida com ágio;

- No caso analisado nos autos, existe inconsistência na utilização do ágio pela contribuinte, uma vez que ela não detinha participação societária na NOKIA HOLDING, pessoa jurídica que foi incorporada;

- Ademais, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico;

- A contribuinte realizou manobra contábil com abuso de forma jurídica para beneficiar-se da redução do lucro tributável, decorrente da amortização do ágio pago na transação em tela, através da criação de uma sociedade (NOKIA HOLDING), que, no jargão dos escritórios de planejamento tributário, é chamada de "sociedade veículo", já que sua única razão de existir é servir de veículo para manobras jurídico-contábeis meramente elisivas;

- A contribuinte é quem deveria demonstrar que detinha participação na NOKIA HOLDING adquirida/integralizada com ágio embasado nos fundamentos econômicos prescritos pela legislação, podendo assim proceder a amortização do ágio em até sessenta meses quando efetuasse a incorporação da investida, ou mesmo o contrário, a incorporação da investidora pela investida (incorporação às avessas - inciso II, § 6º, do art. 386 do RIR/1999;

- Ainda assim, a amortização do ágio no caso dos presentes autos não seria possível pelas seguintes razões: 1) os bens da NOKIA HOLDING não poderiam ser avaliados a valor de mercado porque a empresa não possuía qualquer bem em seu patrimônio, exceto a participação posteriormente adquirida na contribuinte, na qual sua sócia (NOKIA MOBILE PHONES LTDA.) era também majoritária com 51% das quotas; 2) não seria razoável aceitar que uma empresa que teve vida efêmera (9 meses) e sem qualquer efetiva produção de bens ou serviços pudesse motivar um ágio com base em rentabilidade futura; e 3) restaria apenas fundamentar o ágio em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, sem a possibilidade de amortização nos termos do inciso II do art. 386 do RIR/1999;

- A criação de uma empresa que durante sua breve existência realizou apenas uma única operação não satisfaria à clássica trilogia da necessidade, normalidade e efetividade como atributos de uma despesa realizada sob normais condições a ensejar dedução do resultado apurado na incorporadora.

A PGFN encerra seu recurso especial com o pedido de que este seja conhecido e provido para restabelecer a decisão de primeira instância.

A irrisignação da Fazenda Nacional foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar a observância dos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. As conclusões foram expostas em despacho de 10/02/2015, que entendeu ter sido devidamente comprovada pela recorrente a existência de dissenso jurisprudencial entre os Acórdãos nº 1302-001.405 (recorrido) e nº 1101-00.899 e nº 101-00.120 (paradigmas) no que concerne à questão da dedutibilidade da amortização de ágio resultante de investimento realizado mediante a utilização de empresa veículo e após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa). Assim, deu-se seguimento ao recurso especial interposto pela PGFN.

Em 03/03/2015, a contribuinte foi intimada para tomar ciência do Acórdão nº 1302-001.405, do recurso especial apresentado pela PGFN e do despacho que o admitiu, por meio de mensagem eletrônica enviada à sua Caixa Postal (Domicílio Tributário Eletrônico).

Em resposta, e em consonância com as disposições infralegais, a contribuinte protocolou, em 18/03/2015, contrarrazões aos argumentos constantes do recurso especial da PGFN.

Assim podem ser resumidas as alegações perfiladas pela contribuinte recorrida:

- O recurso especial interposto pela Fazenda Nacional não pode ser conhecido porque não ocorreu o necessário prequestionamento (art. 67, § 3º, do RICARF/2009) relativamente à suposta utilização de empresa veículo no caso analisado nos presentes autos. O acórdão recorrido em momento algum afirma que teria havido o emprego de empresa veículo nas operações examinadas. Se a recorrente entende que tal ponto (inedutibilidade de ágio gerado em operações que envolvem empresa veículo) deveria ter sido objeto de análise pela decisão recorrida, deveria ter-lhe oposto embargos de declaração;

- O recurso especial fazendário também deve ter seu conhecimento negado em razão da inexistência de similitude fática entre o acórdão recorrido e as decisões indicadas como paradigmas;

- No caso da primeira decisão paradigma (Acórdão nº 1101-000.899), a conclusão pela ineditibilidade do ágio se deveu não à alegada realização de incorporação reversa ou à utilização de empresa veículo, mas à manutenção do investimento na empresa investidora. É que naquele caso não houve a extinção da investidora, diferentemente do verificado na presente hipótese, o que atesta a inexistência de similitude fática entre as situações contrapostas;

- O acórdão paradigma, na realidade, referenda o entendimento do acórdão recorrido ao aceitar expressamente a incorporação reversa, desde que esta se dê entre a empresa investidora e a investida e não entre investida e empresa veículo, já que nesta última situação o ágio permanece existente no patrimônio da investidora original, não extinta por incorporação (ou fusão ou cisão);

- Tampouco o Acórdão nº 101-00.120, segundo paradigma trazido pela PGFN, fundamentou sua decisão pela ineditibilidade da amortização do ágio na utilização de empresa veículo ou na ocorrência de incorporação "às avessas". O motivo reconhecido naqueles autos para manter a glosa das despesas de amortização do ágio foi, na verdade, a insubsistência do laudo de avaliação apresentado pela contribuinte e o consequente não atendimento dos requisitos formais para sua dedutibilidade;

- No caso analisado no presente processo, não houve qualquer questionamento acerca do laudo elaborado pela contribuinte ou mesmo sobre o fundamento econômico do ágio, o que evidencia a dessemelhança fática existente entre o acórdão recorrido e a segunda decisão paradigma indicada pela Fazenda Nacional;

- Além disso, no presente caso não houve utilização de "empresa veículo", uma vez que a empresa investidora, NOKIA HOLDING, foi quem efetivamente pagou pela aquisição das quotas da contribuinte recorrida (investida), registrou o ágio em seu ativo e foi posteriormente extinta por incorporação reversa por parte da investida. Este fato corrobora a ausência de similitude fática entre as situações abordadas pelo acórdão recorrido e pelo Acórdão nº 101-00.120, já que neste se constatou a criação artificiosa de "empresa veículo" para possibilitar a transferência do ágio originalmente registrado na investidora inicial;

- As operações societárias analisadas no processo consistem de duas etapas: na primeira, a NOKIA HOLDING adquiriu com ágio 49% das quotas da NG INDUSTRIAL (antiga denominação da contribuinte) então detidas pela GRADIENTE; na segunda, houve a incorporação reversa da NOKIA HOLDING pela contribuinte (já denominada NOKIA DO BRASIL), o que fez com que o ágio passasse a ser amortizável;

- O fundamento para tal amortização se encontra na alínea "b" do art. 8º da Lei nº 9.532/1997 e no inciso II do § 6º do art. 386 do RIR/1999, que dispõem que a amortização do ágio também será possível quando a sociedade investida incorporar sua investidora, na operação comumente denominada de "incorporação às avessas";

- Superada a questão da legitimidade da incorporação reversa, merece ser reconhecida a dedutibilidade do ágio sob discussão para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, pois encontram-se presentes todos pressupostos invocados pelo CARF em casos análogos: 1) transação entre partes não relacionadas; 2) efetivo pagamento de numerário; 3) fundamento econômico não questionado pela autoridade fiscal; e 4) existência de propósito negocial;

- O ágio oriundo da aquisição, pela NOKIA HOLDING, de quotas da contribuinte nunca transitou pela contabilidade da investidora estrangeira controladora das empresas nacionais. Assim, não há que se falar em impossibilidade de dedução do ágio por este subsistir da investidora estrangeira original;

- A Fiscalização tampouco poderia desconsiderar as despesas decorrentes da amortização do ágio sob a alegação de que elas não atenderiam ao triplice critério da necessidade, normalidade e efetividade.

Por conta de tudo que expôs, a contribuinte recorrida requer que o recurso especial da Fazenda Nacional não seja conhecido ou, caso o seja, que não seja provido.

Os autos seguiram então para esta Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) para o julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Conforme relatado, a contribuinte trouxe, nas contrarrazões que opôs ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, arguições preliminares em que defende: (i) o não conhecimento do recurso em razão da inocorrência do necessário prequestionamento, pela recorrente, acerca da suposta utilização de empresa veículo nas operações societárias discutidas; e (ii) o não conhecimento do recurso por conta da inexistência de similitude fática entre os casos julgados pelo acórdão recorrido e pelos acórdãos paradigmas.

Início meu voto pelo exame destas arguições preliminares. Considero que, diante das peculiaridades do caso e das alegações da contribuinte recorrida, a melhor abordagem é a análise conjunta das preliminares, razão pela qual não as dividirei em tópicos específicos.

Preliminares de não conhecimento do recurso especial

A contribuinte argumenta inicialmente que o recurso especial sob apreciação não deve ser conhecido porque a Fazenda Nacional teria desrespeitado o requisito de admissibilidade recursal fixado pelo art. 67, § 3º, do Anexo II do RICARF/2009, relacionado à necessidade de prequestionamento das matérias objeto do recurso:

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

(...)

§ 3º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

(...)

Segundo a contribuinte, o Acórdão nº 1302-001.405 não se manifestou a respeito da utilização ou não de empresa veículo nas operações societárias que propiciaram o surgimento do ágio e seu posterior aproveitamento tributário. Como a utilização de empresa veículo integra a matéria objeto de seu recurso especial, a PGFN deveria, então, ter oposto embargos de declaração à decisão, para provocar o pronunciamento da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção a respeito do assunto.

Ao deixar de embargar a decisão, a Fazenda Nacional teria descumprido o requisito de admissibilidade dos recursos especiais estabelecido no dispositivo acima reproduzido, que exige o prequestionamento das matérias recorridas.

Equivoca-se em seu pleito a contribuinte recorrida por uma simples razão: o § 3º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 é claro ao estabelecer que o requisito ali descrito

aplica-se somente aos recursos especiais interpostos "pelo contribuinte". Não se exige, portanto, o prequestionamento das matérias recorridas pela Fazenda Nacional.

Tampouco a versão seguinte do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovada pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), poucos meses após a apresentação das contrarrazões da contribuinte, estende à Fazenda Nacional a obrigação de prequestionar as matérias objeto de recurso especial. O § 5º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015 manteve restrita a aplicação do requisito aos recursos especiais interpostos "pelo contribuinte".

A ausência de análise, pelo Acórdão nº 1302-001.405, a respeito de uma eventual utilização de empresa veículo nas operações societárias objeto de exame nos presentes autos, não provoca, por conseguinte, a impossibilidade de conhecimento do recurso especial fazendário por descumprimento do requisito formal do art. 67, § 3º, do Anexo II do RICARF/2009.

Todavia, a aludida falta de manifestação pode vir a ensejar o não conhecimento do recurso se ela impossibilitar a caracterização de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e as decisões paradigmas indicadas pela Fazenda Nacional. Tal verificação somente é possível, obviamente, a partir do cotejo entre as decisões.

A comparação entre os acórdãos recorrido e paradigmas passa necessariamente pelo confronto entre os contextos fáticos considerados em cada um dos julgamentos. Assim, é possível checar se as situações fáticas contrapostas são suficientemente semelhantes para possibilitar a configuração de verdadeiros dissensos jurisprudenciais ou se, em sentido contrário, as eventuais decisões conflitantes são oriundas não de entendimentos diversos, mas de contextos fáticos distintos.

Note-se que, por este caminho, já se adentra na análise da segunda arguição preliminar levantada pela contribuinte recorrida: impossibilidade de conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional em função da inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Pois bem. Conforme consta do relatório do presente acórdão, a contribuinte NOKIA DO BRASIL (atualmente denominada MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.) defende que faz jus a direito creditório relacionado a saldo negativo de CSLL apurado no ano-calendário 2005. Parte do crédito alegado seria decorrente da dedução de despesas de amortização de ágio apurado em operação ocorrida no ano 2000.

A aludida operação consistiu na aquisição, pela empresa NOKIA HOLDING, de 49% das quotas da contribuinte (àquela época denominada NG INDUSTRIAL LTDA.) junto à GRADIENTE TELECOM S.A., com sobrepreço fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da investida. A diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das quotas comercializadas provocou a contabilização de ágio milionário nos livros da adquirente. A pessoa jurídica NOKIA HOLDING, brasileira, fora constituída meses antes pelo grupo finlandês NOKIA e recebeu de sua controladora estrangeira NOKIA CORPORATION os recursos necessários à realização do investimento, às vésperas de sua ocorrência.

Passados poucos meses, a contribuinte incorporou sua então investidora NOKIA HOLDING, em operação conhecida como incorporação reversa. Trazendo para sua contabilidade o ágio associado à aquisição de suas próprias quotas, a contribuinte passou a

aproveitar tributariamente as despesas decorrentes de sua amortização, reduzindo a base de cálculo da CSLL referente ao ano-calendário de 2005 e apurando o direito creditório reclamado em sua declaração de compensação entregue em abril de 2006.

Ao apreciar o recurso voluntário apresentado pela contribuinte, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deu-lhe provimento por meio do Acórdão nº 1302-001.405, ora recorrido, refutando o argumento central empunhado pelo Acórdão da DRJ em Belém/PA, qual seja, o de que a denominada "incorporação às avessas" não operaria os mesmos efeitos tributários da incorporação direta (em que uma pessoa jurídica investidora incorpora outra, em que detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura):

"Ao tratar da matéria, a decisão a quo historia a legislação que entende aplicável (art. 7º da Lei nº 9.532/1997 e art. 385 do RIR/99) para, a seguir, concluir pela inconsistência na amortização do ágio pela Nokia do Brasil Tecnologia Ltda., a qual incorporou a Nokia Holding do Brasil Ltda. Afirma textualmente que "não consta dos autos que a Nokia do Brasil Tecnologia Ltda detinha participação na Nokia Holding do Brasil Ltda, adquirida com ágio".

Em que pese ser verdadeira a afirmação acima transcrita, entendo não ser este o cerne da questão. A operação de incorporação aqui referida, em que a Nokia do Brasil Tecnologia incorporou a Nokia Holding do Brasil, foi operação conhecida como "*incorporação reversa*" ou "*incorporação às avessas*", na qual a investida incorpora a investidora. Era a Nokia Holding do Brasil (incorporada) quem detinha participação societária na Nokia do Brasil Tecnologia (incorporadora), adquirida com ágio em momento anterior.

A possibilidade de dedução do ágio, nas condições aqui discutidas, foi tratada nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

[...]

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.

(...)

Ora, o art. 8º da Lei nº 9.532/1997 admite expressamente a possibilidade de amortização do ágio, ainda que a empresa incorporada seja aquela que detinha a propriedade da participação societária, ou seja, na situação de incorporação reversa, o que é precisamente a situação dos autos e não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido."

Em seguida, o acórdão recorrido analisa também argumentos expostos pelo Parecer DRF/MNS/SEORT 10283.005438/2007-93, de 17/03/2008, utilizados como fundamento pelo Despacho Decisório da DRF em Manaus/AM para não homologar as compensações declaradas pela contribuinte em abril de 2006:

"Aprofundando os exames, observo que o Parecer DRF/MNS/SEORT (fls. 267/275), o qual fundamentou o Despacho Decisório de fl. 276, tratou da matéria com mais detalhe.

O primeiro argumento ali invocado, de que o ágio cuja amortização é aqui discutida teria sido gerado internamente a um grupo econômico não subsiste. De fato, tenho por incontroverso que a participação correspondente a 49% das quotas da NG Industrial (posteriormente Nokia do Brasil Tecnologia) foi adquirida por Nokia Holding do Brasil e alienada por Gradiente Telecom S.A.. Adquirente e alienante pertencem, pois, a grupos empresariais distintos, respectivamente Nokia e Gradiente, e não encontro nos autos qualquer evidência de que em algum momento tenham compartilhado suas administrações ou controle societário. Tão somente, havia, em momento anterior, a sociedade na empresa então denominada NG Industrial, na qual o grupo Nokia detinha 51% e o grupo Gradiente 49%. A decisão de uma das partes de alienar à outra sua participação societária não pode levar à conclusão de que a operação teria ocorrido dentro de um mesmo grupo econômico. Acrescente-se que, embora de forma tangencial, o acórdão recorrido já havia afastado esse fundamento (fl. 449).

Quanto à existência e fundamento do ágio, em si, o Parecer (fl. 272) sustenta que *"O procedimento de amortização do ágio pela Requerente não teve fundamentação na legislação tributária porque a Requente, que à época dos fatos denominava-se NG Industrial Ltda (incorporadora), é quem deveria demonstrar que sua participação na Nokia Holding do Brasil Ltda (incorporada) foi adquirida/integralizada com ágio embasado nos fundamentos econômicos nos e termos em que prescreve a legislação [...]"*.

Ao examinar os autos, verifico que o Fisco, anteriormente ao Parecer, havia intimado a interessada a apresentar os documentos que considerava relevantes para a análise do direito creditório então empreendida. De particular interesse, as intimações de fls. 162/164 e 221. O próprio Parecer, preambularmente (fl. 268), reconhece que *"toda documentação solicitada foi devidamente apresentada e serviu de base para este parecer"*. Não obstante, a resposta da interessada a uma das intimações (fl. 165/166) afirma expressamente que apresenta, em anexo, o Laudo de Avaliação e o Protocolo de Justificativa e Incorporação, mas não encontro tais documentos na sequência dos autos. Na verdade, ao que parece o Parecer ignora tal documento, pelo que se depreende da seguinte afirmação (fl. 272): *"[...] não seria razoável aceitar que uma empresa que teve vida efêmera de apenas nove meses (fls.247) e sem qualquer efetiva produção de bens ou serviços pudesse motivar um ágio com base em sua rentabilidade futura [...]"*. O laudo de avaliação somente surge nos autos

com a manifestação de inconformidade (original e tradução juramentada às fls. 369/399), quando a interessada busca fazer prova de que o valor praticado na aquisição dos 49% da NG Industrial (e, em decorrência, o ágio registrado na operação) teria seu fundamento econômico na previsão de rentabilidade futura da investida (alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1598/1977).

O quadro acima conduz à conclusão de que nem o laudo de avaliação, muito menos seu fundamento econômico, foram decisivos para a negativa da Autoridade Administrativa da amortização do ágio. Muito embora a interessada tenha apresentado esse documento ainda na fase instrutória, ele sequer foi anexado aos autos naquele momento processual, nem o Parecer faz a ele menção, nem aos motivos que teriam levado a sua desconsideração. Em assim sendo, entendo que descabe invocar qualquer eventual ou hipotética irregularidade quanto a esse aspecto agora, em sede de recurso voluntário.

Finalmente, devo ressaltar que as provas dos autos levam ao convencimento de que a operação que originou o ágio (a aquisição, por parte da Nokia Holding do Brasil, de 49% das quotas de NG Industrial, até então de propriedade da Gradiente Telecom) foi firmada entre partes independentes, em condições de mercado, baseada em expectativa de rentabilidade futura da investida, cujo laudo não foi objeto de questionamento por parte da Administração Tributária. A segregação do valor do negócio em valor de patrimônio líquido e ágio decorre da aplicação direta da lei, e esses aspectos igualmente deixaram de ser questionados pelo Fisco. Acrescento que constam dos autos cópias dos assentamentos contábeis da recorrente com os lançamentos em questão, bem assim cópia de extrato bancário.

Na etapa seguinte ocorre a incorporação reversa, na qual a investida NG Industrial (já então com a denominação Nokia do Brasil Tecnologia) incorpora a investidora Nokia Holding do Brasil. Também aqui, conforme anteriormente examinado, a operação e seus efeitos tributários são previstos em lei, não havendo motivos para sua desconsideração.

Por todo o exposto, voto pelo provimento do recurso voluntário interposto."

A 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção acrescentou, portanto, ao argumento principal da legitimidade da incorporação reversa para operar efeitos tributários, os fatos de o ágio discutido no presente caso não ter sido gerado no interior de um grupo econômico, de ter ocorrido o efetivo pagamento pela aquisição das quotas da contribuinte e de não ter havido, em momento oportuno, contestação por parte do Fisco a respeito do laudo de avaliação da participação societária ou do fundamento econômico do ágio que veio a ser objeto de posterior aproveitamento tributário.

Com base em todos estes argumentos, o acórdão recorrido concluiu que contribuinte fazia jus ao direito creditório pretendido e que, conseqüentemente, sua compensação declarada deveria ser totalmente homologada.

O Acórdão nº 101-00.120, segundo paradigma apontado pela Fazenda Nacional em seu recurso especial, trata de reorganização societária que assim foi descrita:

"Para o bom deslinde das questões posta a análise dessa E. Turma, faz-se necessário descrever, de forma cronológica, as operações societárias que resultaram na incorporação da empresa Rádio e TV Astúrias Ltda. pela empresa EPTV, ora Recorrente, tendo as mesmas (operações) a seguinte cronologia:

1 - em 10/04/2001 e 04/05/2001 a constituição pela família Coutinho Nogueira (controladora da EPTV), respectivamente, das empresas Rádio e TV Asturias Ltda. (Asturias) e TV Serra do Japi Ltda. (Serra do Japi);

2 - em 23/12/2002, aumento de capital na Serra do Japi, no valor de R\$ 48.416.600,00, efetuado pelos membros da Família Coutinho Nogueira e pela Asturias, esta última mediante empréstimo bancário;

3 - em 23/12/2002, cessão de todas as quotas da Serra do Japi para a Asturias, por meio de conferência destas quotas para aumento de capital da Asturias;

4 - em 23/12/2002, novo aumento de capital na Serra do Japi, no valor de R\$ 4.583.088,00, efetuado pela Asturias, mediante conferência de Nota Promissória emitida pela CN Empreendimentos e Participações Ltda., empresa também controlada pelos membros da Família Coutinho Nogueira;

5 - em 23/12/2002, aumento de capital na Asturias, no valor de R\$ 32.134.688,00, efetuado pelos membros da Família Coutinho Nogueira, mediante conferência das quotas da Serra do Japi, e pela CN Empreendimentos e Participações Ltda., com a mesma Nota Promissória acima referida;

6 - em 23/12/2002, cessão de todas as quotas da Asturias para a CN Empreendimentos;

7 - em 23/12/2002, operação de permuta de investimentos entre o Sr. Rodrigo Mesquita Marinho, detentor de 29% das ações da EPTV, e a empresa Rádio e TV Asturias Ltda., detentora de 100% das ações da empresa TV Serra do Japi Ltda.;

8 - em 23/12/2002, operação de transferência para a Globo Rio, no valor de R\$ 48.200.000,00, representativo da quase totalidade dos recursos depositados na conta corrente da TV Serra do Japi, por conta da integralização do aumento de capital;

9 - em 20/03/2003, operação de incorporação da Rádio e TV Asturias Ltda. pela EPTV."

Verifica-se que o acórdão paradigma se debruça sobre a dedutibilidade de ágio gerado em uma operação de permuta envolvendo ações de empresas então pertencentes a um mesmo grupo econômico. A contribuinte EPTV era controlada pela família Coutinho Nogueira, que constituiu, em 2001, duas outras pessoas jurídicas: ASTÚRIAS e SERRA DO JAPI.

No dia 23/12/2002, uma série de operações culminou na seguinte configuração societária: A família Coutinho Nogueira controlava a empresa CN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. ("CN"), que controlava diretamente a ASTÚRIAS, que, por sua vez, detinha 100% das quotas da SERRA DO JAPI. O capital social

das empresas ASTÚRIAS e SERRA DO JAPI foi aumentado e integralizado com recursos oriundos de membros da família Coutinho Nogueira, de empréstimos bancários contraídos em nome da ASTÚRIAS e de notas promissórias expedidas pela CN.

Nesta mesma data, o Sr. Rodrigo Mesquita Marinho e a empresa ASTÚRIAS realizaram uma operação de permuta de investimentos, por meio da qual o primeiro cedeu 29% das ações que detinha junto à contribuinte EPTV em troca de 100% das ações da SERRA DO JAPI. Como as ações da SERRA DO JAPI tinham valor patrimonial superior aos 29% de ações da EPTV, a operação provocou o registro de ágio na contabilidade da ASTÚRIAS, que passou a deter investimento direto na EPTV.

Por fim, a contribuinte EPTV incorporou sua investidora ASTÚRIAS e trouxe para sua contabilidade o ágio associado à aquisição de suas ações, passando a deduzir de seus resultados tributáveis as despesas associadas à sua amortização. Naquele caso, a contribuinte também sucedeu a incorporada em suas dívidas (contraídas para obter recursos utilizados no aumento de capital da SERRA DO JAPI) e passou a deduzir também as despesas financeiras associadas ao pagamento de empréstimo.

Observa-se portanto que, finalizada a série de operações societárias, o Sr. Rodrigo Mesquita Marinho deixou de ser sócio da família Coutinho Nogueira na EPTV e recebeu como contrapartida uma empresa constituída poucos meses antes e cujo único ativo relevante era uma conta bancária contendo expressivo saldo.

Daí advém a semelhança entre os contextos fáticos examinados pelo acórdão recorrido e pelo Acórdão nº 101-00.120. Em ambos os casos, a reorganização societária levada a efeito possibilitou a retirada de um dos sócios da contribuinte. Em ambos os casos, a sócia remanescente adquiriu a participação do sócio retirante, mas o fez por meio de operações societárias que permitissem, ao seu final, o aproveitamento tributário do sobrepreço associado à aquisição da participação transacionada.

Em que pese o fato de ambas as reorganizações societárias terem lançado mão da figura da incorporação reversa, verifica-se que não foi isso que norteou ambas as decisões.

No presente cotejo, todavia, mesmo que houvesse similitude fática relevante entre os casos estudados pelos acórdãos, ainda assim as discussões jurídicas adotadas por cada julgado impossibilitariam a configuração do dissenso jurisprudencial requerido pelo art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 (ou pelo artigo correspondente no RICARF/2015).

Examine-se o que dispôs o voto condutor do Acórdão nº 101-00.120:

"Pois bem, da análise das operações societárias realizadas nos dias 23.12.2002 e 20.03.2003, o que se vê é que as operações foram engendradas com um único propósito, qual seja, tentar se beneficiar fiscalmente da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora, contabilizado, inicialmente na incorporada (Rádio e TV Asturias Ltda.), decorrente da permuta de sua participação que possuía na empresa Serra do Japi Ltda. por ações da ora Recorrente (EPTV) pertencente a Rodrigo Mesquita Marinho, bem como, das despesas financeiras relacionadas a contrato de empréstimo contraído pela empresa Rádio e TV Asturias Ltda., para integralização do capital social da empresa Serra do Japi Ltda., **operações essas, portanto, artificial, sem qualquer**

finalidade negocial ou societária, a não ser para fazer uso da fruição do benefício fiscal acima apontado.

Como se vê acima, o ágio tem origem na aquisição por permuta da participação de 29% das ações representativas do capital social da EPTV, ora Recorrente, por 100% do capital social da empresa Serra do Japi, que a TV Asturias possuía antes de ser incorporada, bem como da assunção do contrato de empréstimo por ela contraído para integralização do capital social subscrito na empresa Serra do Japi.

Em seu recurso, inicialmente a Recorrente tenta fazer crer que a glosa da amortização do ágio se deu pelo simples fato de o fiscal autuante entender, equivocadamente, que a lei não autoriza a amortização do ágio na aquisição de ações da própria empresa, assim como, de que a ora Recorrente sequer teria adquirido suas próprias ações, pois estas foram entregues aos sócios controladores da Asturias.

Não é bem assim.

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fls. 34/57), **a glosa se deu em razão da Astúrias, para estimar, contabilizar e amortizar o valor do ágio, se valer apenas de um "Relatório Interno de Avaliação Econômico-Financeira", elaborado pela própria EPTV, datado de setembro de 2002** (fls. 135/151), com o objetivo de estimar o valor econômico, em 31 de agosto de 2002, de 100% de suas ações (EPTV), pela metodologia de fluxo de caixa descontado a valor presente (FCD), com o intuito de fornecer subsídios para a transação envolvendo 29% das cotas de participação na empresa, sem identificação e assinaturas dos peritos que porventura tenham o elaborado.

Com razão a Recorrente quando assevera que não há no art. 385 do RIR/99 e seus parágrafos, qualquer determinação no sentido de que a validade do laudo de avaliação da participação societária adquirida em sociedade coligada ou controlada, esteja condicionada a assinatura de um ou mais peritos.

Ocorre que, tal hipótese é desnecessária apenas quando o desdobramento do custo de aquisição se dá com base no patrimônio líquido da investida e não com base em reavaliação efetuada com base em rentabilidade futura da empresa através da metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, hipótese dos autos, quando **é necessária a apresentação de laudo fundamentado, feita por três peritos ou por empresa especializada, conforme dispõe o art. 8º. da Lei n. 6.404/76.**

Assim, o fato de o fiscal autuante ter se pronunciado no sentido de que a lei não autoriza a amortização no ágio na aquisição de ações da própria empresa, e que a EPTV sequer teria adquirido suas próprias ações, em nada modifica **a imprestabilidade do Relatório elaborado pela ora Recorrente, bem como, não afasta o abuso de forma e de direito e a falta de propósito negocial ou societário**, pois, não há como se admitir que uma empresa assuma um passivo na ordem de R\$ 21 milhões, sem nenhuma contrapartida econômica financeira, eis que como visto antes, as únicas operações da empresa incorporada foi inicialmente a subscrição e integralização do capital social da empresa Serra do Japi por intermédio do empréstimo bancário e, posteriormente, permutado pela participação no capital social da ora Recorrente.

O fato é que, **a criação das empresas "veículos" - Astúrias e Serra do Japi -, foi no sentido de permitir a transferência do ágio inicialmente registrado na empresa Astúrias para sua controlada EPTV, ora Recorrente, por intermédio da incorporação as avessas, para posteriormente deduzi-lo da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, ou seja, criou-se uma situação artificial para que a mesma se enquadrasse na hipótese prevista na Lei n. 9.532/97, e com isso, deduzir para efeitos fiscais as despesas de amortização de ágio.**

Em resumo, **a sucessão dos atos jurídicos realizados, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir a empresa incorporada (Astúrias), mas sim de criar sociedades efêmeras, de passagem, que possibilitassem um registro de ágio a ser amortizado por ocasião da incorporação às avessas.**

De se notar ainda que, como muito bem apontado pela fiscalização, as condições de dedutibilidade do ágio não foram cumpridas pela Astúrias, não cabendo, dessa forma, o ônus de a fiscalização demonstrar a inconsistência da metodologia utilizada no Relatório acima apontado, **pelo simples fato de não se tratar de um laudo com os requisitos determinados pela Lei das S/A.** e, sendo assim, *mutatis mutandi*, tal dedutibilidade também não pode ser deduzidas na base de cálculo do imposto de renda pela incorporadora, ora Recorrente.

Quanto a apresentação do Laudo de Avaliação realizado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., em novembro de 2007, carreado agora em grau de recurso pela Recorrente, é de se observar que tal documento não lhe socorre, eis que não formalizado a época dos atos societários, mas sim, depois de transcorrido quase 5 (cinco) anos das referidas operações.

Logo, **independentemente de as operações terem sido realizadas de forma simulada - abuso de forma e de direito -, o que por si só já é suficiente para manter a exigência, o fato é que o ágio apurada pela TV Astúria não atendeu aos requisitos formais para a sua dedutibilidade, devendo também sob este prisma ser mantida a exigência em relação ao presente item."** (grifou-se)

Observa-se que o acórdão paradigma nega a dedutibilidade do ágio pela empresa EPTV (sujeito passivo que figura naquele processo) apresentando as seguintes razões: i) o relatório que, em tese, fundamentaria o ágio com base em expectativa de rentabilidade futura não cumpriu as formalidades obrigatórias; ii) as operações que geraram o ágio foram artificiais, sem qualquer finalidade ou propósito negocial (forma simulada, abuso de forma e de direito); e iii) utilização de empresas veículos, efêmeras, de passagem, cuja única finalidade era permitir a transferência do ágio registrado na ASTÚRIAS para sua controlada EPTV.

Conforme se mencionou alhures, o acórdão recorrido não analisou o efeito de nenhuma destas características para fins de decidir acerca da dedutibilidade de despesas de amortização de ágio. Não se identifica em seu voto a apreciação acerca dos reflexos advindos da identificação de um laudo de avaliação que não cumpra requisitos formais ou da constatação de que as operações realizadas não tiveram propósito negocial ou ainda da utilização de empresas veículos na reorganização societária.

Tomando como referência a denominação dada pela Fazenda Nacional à matéria objeto de seu recurso especial, "possibilidade de amortização de ágio com a utilização de empresa veículo e mediante a chamada incorporação reversa", o distanciamento entre as análises jurídicas desenvolvidas pelos acórdãos fica ainda mais patente: o Acórdão nº 101-00.120 analisou o impacto da utilização de uma empresa veículo, mas o acórdão recorrido não o fez; por outro lado, o acórdão recorrido discorreu sobre a legitimidade da incorporação reversa para produção dos mesmos efeitos fiscais da incorporação direta, enquanto o Acórdão nº 101-00.120 não chegou a examinar o tema.

Diante do exposto, por ausência de similitude entre os Acórdãos nº 1302-001.405 (ora recorrido) e nº 101-00.120 (segundo paradigma apontado pela Fazenda Nacional), concluo pela inexistência de dissenso jurisprudencial entre as decisões contrapostas, restando descumprido, quanto a este paradigma, o requisito de admissibilidade prescrito pelo art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 (e pelo dispositivo equivalente do RICARF/2015).

Já o Acórdão nº 1101-000.899, primeiro paradigma destacado no recurso especial fazendário, analisa uma sequência de operações societárias que foi assim descrita em seu Relatório:

"Considerando a minudência do relatório da DRJ/SP1, faço uso de alguns de seus trechos para o relato dos fatos:

A fiscalização apresentou, através do Termo de Verificação (TVF), (fls.660 a 669), basicamente, que:

- foi constatada a amortização de ágio, considerada indevidamente como dedutível para efeitos de apuração do IRPJ e da CSLL;
- o valor do ágio teve origem em investimento realizado por duas empresas na PUBLICAR, na época denominada LISTEL. Posteriormente, estas duas empresas, foram incorporadas pela LISTEL. O fundamento econômico na apuração do ágio foi a rentabilidade de exercícios futuros da LISTEL;
- as empresas investidoras, e, que passaram a ser controladoras da LISTEL, foram a APENINA PARTICIPAÇÕES LTDA (APENINA), CNPJ nº 03.148.388/000160 e a MKV HOLDINGS LTDA (MKV), CNPJ nº 03.038.709/000174;
- a aquisição do controle da LISTEL foi efetivada em 01/06/1999, sendo que o laudo da empresa EQUITY Auditores Associados S/C Ltda., com a demonstração das projeções dos resultados futuros da LISTEL que serviram de justificativa para a aquisição com ágio, somente foi elaborado em 28/08/2000, quase 14 meses após a aquisição, em desacordo com o caput e o §3º do artigo 385 do RIR/99;
- a empresa MKV foi constituída em 17/03/1999. Na 1ª alteração e consolidação do contrato social retiram-se os dois sócios que iniciaram a empresa e o capital social foi aumentado de R\$ 100,00 para R\$ 96.778.950,00, dividido em 96.778.950 cotas. Os novos cotistas passaram a ser a AVERDIN HOLDINGS LTDA (AVERDIN), CNPJ nº 03.148.389/000105 com 96.778.949 cotas e a APENINA, com 1 cota;

- a empresa APENINA foi constituída em 14/05/1999, como ALPINA PARTICIPAÇÕES LTDA. Na 1ª alteração e consolidação do contrato social, em 01/06/1999, retiraram-se as duas sócias que iniciaram a empresa e o capital social foi aumentado de R\$ 100,00 para R\$ 100.204.750,00, dividido em 100.204.750 cotas. Os novos cotistas passaram a ser a AVERDIN, com 100.604.749 cotas e a MKV, com 1 cota. Em 21/12/1999 foi alterada a denominação da sociedade para APENINA PARTICIPAÇÕES LTDA;

- a empresa ALIENA PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ no 02.668.434/000190, foi fundada em 07/08/1998 e extinta por incorporação pela LISTEL em 31/12/2003 (mesma data da incorporação da APENINA) e teve como sócia esta última e a AVERDIN. A APENINA possuía 99,99% das cotas e a AVERDIN possuía 0,01% das cotas;

- a empresa AVERDIN HOLDINGS LTDA, CNPJ, nº 03.148.389/0001-05, proprietária das empresas acima, foi constituída em 14/05/1999, tendo como sócios estrangeiros a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING (BVI) LIMITED, com 99% do capital social, e a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING HOLDINGS (BVI) LIMITED, com 1% do capital social;

- em 01/06/1999 ocorreu a operação que gerou o ágio no investimento. A APENINA e a MKV adquiriram 100% do controle societário da LISTEL, antiga denominação da PUBLICAR. Nesta mesma data a AVERDIN assumiu o controle e aumentou o capital social da MKV e da APENINA. Portanto, em 01/06/1999, a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL;

- em 31/07/2000 a LISTEL incorporou a investidora MKV e em 31/12/2003 incorporou as investidoras APENINA e ALIENA;

- a LISTEL foi integralmente comprada pela MKV (49%) e pela APENINA (51%). O valor do ágio foi apurado com base no patrimônio líquido da LISTEL em 30/04/1999 e registrado nos livros das respectivas empresas acionistas controladoras. O valor do ágio apurado em 30/04/1999 foi de R\$ 169.079.000,00, sendo posteriormente ajustado para R\$ 160.932.000,00, em 31/03/2000;

(...)

Em sede de impugnação a Recorrente de fls. 808 a 822 apresentou os seguintes argumentos para refutar o lançamento perpetrado:

(...)

- explicou que a Empresa Bellsouth Advertising & Publishing Corporation (BellSouth), com sede na Cidade de Atlanta, Estado da Georgia, nos Estados Unidos da América, por intermédio de suas controladas MKV e APENINA, adquiriu o controle acionário da Listel Listas Telefônicas S.A., que pertencia às empresas Mediaone Brasil Comércio e Participações Ltda (M1), controlada pela Mediaone International Holdings, com sede na Cidade de Englewood, no Estado do Colorado nos Estados Unidos América, e da sua sócia Abril S.A. (Abril). Ainda em seu relato, explicitou que tal aquisição

já vinha sendo ensaiada desde 1997, todavia, o negócio se concretizou apenas em abril de 1999;

- Para consecução da operação, a BellSouth, por intermédio de suas controladas APENINA e MKV, adquiriu 100% da participação que as empresas M1 e Abril detinham da LISTEL, pagando por essa aquisição um preço com ágio que operou os efeitos permitidos pela legislação. Assim, o ágio decorreu não teria decorrido de uma operação em "circuito fechado" conforme apontado pela fiscalização, mas de operação na qual a BellSouth adquiriu participação na Listel de seus dois acionistas, M1 e Abril, usando, para tanto, suas controladas MKV e APENINA;

(...)

- Quanto aos questionamentos formulados pela fiscalização no termo de verificação foram respondidos da seguinte deu as seguintes respostas:

(...)

P: Neste contexto quais seriam os papéis da APENINA e da MKV?

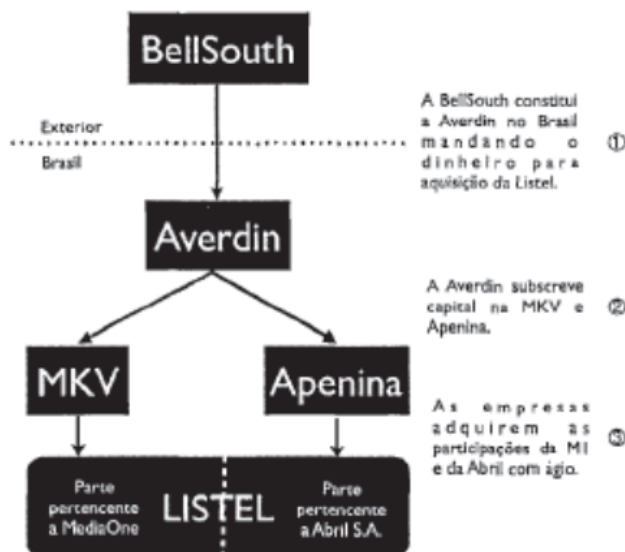
R: As empresas serviram para comprar o controle da Listel de cada um dos seus anteriores acionistas, a parcela da Abril parte da APENINA e M1 por parte da MKV cujas negociações foram distintas. Além disso, a formação de uma sociedade exige, em regra, duas ou mais pessoas, ou seja, todo seu regime pressupõe a pluralidade.

(...)

Em seu recurso além de reiterar os argumentos da impugnação, a Recorrente aponta ainda os seguintes pontos defesa:

(...)

ii) Reiterou ainda que o fiscal tentou fazer transparecer que primeiramente a APENINA e a MKV adquiriram o controle da LISTEL e depois a AVERDIN aumentou o capital nessas assumindo o controle. Na verdade, a AVERDIN assumiu o controle da MKV e da APENINA e com o dinheiro que passaram a ter em decorrência do aumento de capital feito em ambas pela AVERDIN tiveram como adquirir o controle da LISTEL, somente a partir daí essa empresa passou a ter indiretamente o controle da LISTEL, o que se representou pelo organograma abaixo.



(...)"

Dos trechos transcritos é possível extrair as principais características da reorganização societária analisada pelo Acórdão nº 1101-000.899.

A empresa norte-americana BELLSOUTH ADVERTISING & PUBLISHING CORPORATION ("BELLSOUTH"), com a intenção de adquirir o controle acionário da empresa brasileira LISTEL LISTAS TELEFÔNICAS S.A. ("LISTEL"), constituiu no Brasil, em 1999, a empresa AVERDIN HOLDINGS LTDA. ("AVERDIN"), por intermédio de duas empresas controladas estrangeiras. Também no ano de 1999, foram constituídas duas outras empresas, ambas controladas pela AVERDIN: APENINA PARTICIPAÇÕES LTDA. ("APENINA") e MKV HOLDINGS LTDA. ("MKV").

Segundo informações fornecidas pela LISTEL, que figura como sujeito passivo no processo em que foi exarado o Acórdão nº 1101-000.899, a BELLSOUTH remeteu recursos para sua controlada brasileira AVERDIN e esta os repassou à APENINA e à MKV para que fossem utilizados na aquisição das ações da LISTEL. Em junho de 1999, a aquisição se deu mediante o pagamento de valor superior ao valor patrimonial das ações adquiridas, o que provocou o registro de ágio na contabilidade das adquirentes APENINA e MKV.

Posteriormente, a LISTEL incorporou suas então controladoras APENINA e MKV, trazendo para sua contabilidade as parcelas de ágio associadas à aquisição de suas ações. A partir daí, passou a amortizar o saldo de tal ágio e a deduzir as despesas correspondentes das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Analisando tal contexto fático, trouxe o voto vencedor do acórdão paradigma (nº 1101-000.899):

"Interpreto a acusação fiscal de forma distinta do I. Relator, pois observo que a autoridade lançadora fez referência à Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06/03/2001, destacando que **operações desta espécie acabam por ensejar o reconhecimento de um acréscimo patrimonial se a efetiva substância econômica, mediante a criação de uma sociedade**

veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de incorporação, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

E, ao longo de todo seu arrazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, *em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.*

Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV ocorreu em circuito fechado. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.

Por sua vez, a Lei nº 9.532/97 assim dispõe:

(...)

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

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

(...)

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

a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original. Deste modo, não fosse a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM no 349/2001, a equivalência patrimonial faria refletir no patrimônio da investidora o valor líquido dos resultados, produzindo o mesmo efeito que teria o reconhecimento bruto dos resultados da investida, associado à amortização do ágio pela investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao que autorizado pelo art. 7º da Lei no 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio. Significa dizer que a amortização contábil do ágio transferido para o patrimônio da LISTEL deve ser adicionada ao lucro real, e seu reflexo no patrimônio da investidora AVERDIN, mediante equivalência patrimonial, deve ser controlado na parte B do LALUR para integrar o valor contábil do investimento na apuração de ganho ou perda de capital em caso de alienação ou liquidação do investimento.

É importante esclarecer que a autoridade lançadora não fez qualquer consideração em relação ao fato de a AVERDIN ter como *sócios estrangeiros a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING (BVI) LIMITED, com 99% do capital social, e a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING HOLDINGS (BVI) LIMITED, com 1% do capital social*, de modo a cogitar que o ágio tivesse se formado internamente ao Grupo LISTEL. A acusação fiscal limita-se à estrutura formalmente criada para que o ágio gerado na aquisição fosse passível de amortização, independentemente de a AVERDIN ter sido incorporada pela LISTEL, ou vice-versa.

Desnecessário, assim, seria debater a qualidade do laudo que dá fundamento ao ágio amortizado. De toda sorte, registro que os argumentos adotados pela Fiscalização não são suficientes para desqualificá-lo. Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação.

A contribuinte pode possuir, apenas, estudo interno que lhe demonstre a rentabilidade futura, e depois buscar laudo técnico que o corrobore, desde que este não se valha de premissas impraticáveis no passado. E, no presente caso, o laudo apresentado pela contribuinte toma por referência o

faturamento da empresa adquirida contemporâneo à aquisição, e aponta o *retorno dos investimentos suplementares em 2,9 anos (35 meses)* (fl. 302). Ou seja, se considerada a rentabilidade futura pelo prazo de 5 anos, seria possível um pagamento maior que o efetuado.

Contudo, **por não se verificar a extinção do investimento, o ágio não pode ser amortizado**, e a exigência fiscal deve ser mantida." (grifou-se)

O fundamento utilizado pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para concluir pela indedutibilidade das despesas de amortização do ágio foi, portanto, o fato de a adquirente real da participação societária (AVERDIN) não ter sido envolvida na operação de incorporação reversa que a contribuinte LISTEL entendeu como suficiente para enquadrar sua situação na hipótese prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

O voto vencedor do Acórdão nº 1101-000.899 qualificou como empresas veículo a APENINA e a MKV em razão de estas terem sido utilizadas para transferir "*da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição*". Tais empresas foram criadas para receber os recursos oriundos da investidora original, realizar a aquisição de participação com ágio e, ao final, enfrentar sua incorporação pela investida LISTEL.

A i. Conselheira Relatora do voto vencedor expôs que, ao cabo de tais operações societárias, a hipótese legalmente prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 não se encontrava satisfeita, uma vez que o investimento registrado na controladora original (em que se inclui o valor do ágio associado à aquisição da participação societária na contribuinte) permanece inalterado. Somente com a extinção deste investimento (e do ágio, que majora-lhe o valor), por meio da incorporação da real investidora, é que haveria a subsunção do fato à norma e seria possível a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio associado à aquisição das ações da LISTEL.

Muito bem. Considero que o Acórdão nº 1101-000.899 somente poderia servir como paradigma para a comprovação da existência de divergência jurisprudencial se no TVF deste processo tivesse sido negado o aproveitamento tributário do ágio discutido no presente processo a partir de:

i) O fato de a NOKIA HOLDING ter recebido recursos de outra empresa especificamente para adquirir com ágio as quotas da contribuinte NOKIA DO BRASIL e ser em seguida por ela incorporada a caracteriza como "empresa veículo" (ou, alternativamente, que a eventual qualificação como empresa veículo seja considerada irrelevante para fins de dedutibilidade do ágio);

ii) A manutenção, na controladora estrangeira da NOKIA HOLDING, do valor do investimento realizado na NOKIA DO BRASIL, majorado pelo valor do ágio associado à aquisição, representa óbice ao atendimento das condições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Ocorre que, conforme já visto, o acórdão recorrido permitiu a dedutibilidade das despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da aquisição das quotas da NOKIA DO BRASIL com base na legitimidade da incorporação reversa para operar os mesmos efeitos tributários da incorporação direta e adicionou razões para legitimar as operações (mas que não

tratam da acusação fiscal): ágio não gerado no interior de um grupo econômico; ausência de contestação acerca do laudo que quantificou o ágio ou do seu fundamento econômico.

Ou seja, o contribuinte se defendeu do que não foi acusado e o recorrido encampou esta defesa, daí porque essas considerações constem no recorrido.

Verifica-se portanto que, embora trate de contexto fático bastante semelhante ao do Acórdão nº 1101-000.899, primeiro paradigma manejado pela Fazenda Nacional, o acórdão recorrido não enfrenta a questão de forma que se possa configurar divergência jurisprudencial frente àquela decisão.

Tudo isso posto, diante da inexistência de dissenso jurisprudencial entre o Acórdão nº 1302-001.405 (recorrido) e ambos os paradigmas apontados pela PGFN, voto por NÃO CONHECER do recurso especial da Fazenda Nacional, uma vez que não restou cumprido o requisito básico de admissibilidade trazido pelo *caput* do art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 (ou pelo *caput* do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015).

Em síntese, voto por NÃO CONHECER o recurso.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo