



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

Processo n° 16682.720089/2014-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.780 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

CAPITALIZAÇÕES - CUSTO DO INVESTIMENTO - GANHO DE CAPITAL

No custo do investimento para fins de determinação do ganho de capital, devem ser incorporados todos os valores empregados pelo investidor para obter e manter a participação na sociedade investida, inclusive as capitalizações posteriores à aquisição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa e Antonio Bezerra Neto.

(assinado digitalmente)

ANTONIO BEZERRA NETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO BEZERRA NETO (Presidente), LIVIA DE CARLI GERMANO, LUCIANA YOSHIHARA ARCANGELO ZANIN, GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, LUIZ RODRIGO DE OLIVEIRA BARBOSA, ABEL NUNES DE OLIVEIRA NETO, AURORA TOMAZINI DE CARVALHO.

Relatório

Em relação às peças iniciais de acusação e defesa, sirvo-me do relatório da autoridade *a quo*:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte identificada, autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização nº 07.1.85.00-2011-00821-5, foram lavrados os autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

2. Os referidos autos de infração foram segregados da seguinte forma:

(...)

3. Assim, conforme quadro acima, o presente processo trata apenas de auto de infração de IRPJ, referente à exclusão indevida de parcelas de amortização de ágio.

Auto de infração de IRPJ

4. O auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 0002, 1341 a 1345 e 1405) exige o recolhimento de R\$ 7.187.123,96 de imposto, R\$ 5.390.342,97 a título de multa de lançamento de ofício de 75% e R\$ 2.021.019,26 de juros de mora, totalizando R\$ 14.598.486,19.

5. O lançamento fiscal, com base no lucro real anual, nos termos dos arts. 904 e 926 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999), decorre das infrações a seguir elencadas, conforme descrito no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 1319 a 1335).

6. Em relação à compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL acima do limite legal de 30%, conforme já mencionado, não faz parte destes autos, pois pertence ao processo de nº 16682.720088/2014-00.

7. De outra parte, a fiscalização apurou que a empresa “... DISTEL HOLDING S.A., na ocasião de sua extinção e incorporação à GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A em 31/12/2010, excluiu do lucro real, a título de ágios amortizados na realização do investimento, o montante de R\$ 120.052.091,89”.

8. Após questionamento sobre a origem do valor, a contribuinte esclareceu que “... tal exclusão teve como fundamento o art. 426 do RIR/99, que determina qual é (sic) composição do valor contábil para efeito de ganho ou perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido”.

9. Nesse sentido, a autoridade fiscal destaca que "... de acordo com referido dispositivo legal, o valor contábil, para efeito de ganho ou a perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada, avaliado pelo patrimônio líquido, compõe-se da soma algébrica do valor do patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte (inciso I), do ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte (inciso II), e da provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real (inciso III)".

10. Assim, a fiscalização verificou que "... os R\$ 120.052.091,89, excluídos da apuração do lucro real em 31/12/2010, na realidade, subdividiam-se em duas parcelas – uma de R\$ 41.069.279,70 e outra de R\$ 78.982.812,20 -, correspondendo, respectivamente, aos ágios amortizados em relação aos investimentos da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA e da DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA".

11. Para uma melhor compreensão dos fatos, foi destacado o seguinte:

- "Em 15/07/2008, a DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S.A., que detinha uma participação de 25,90% na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, foi extinta por cisão total e incorporada, nas proporções de 60,06% e 39,94%, à DISTEL HOLDING S.A. e à GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A., respectivamente. A partir dessa reorganização societária, a DISTEL obteve uma participação de 15,56% na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA;"

- "Pouco antes de ser extinta e incorporada à GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. em 31/10/2010 (sic), a DISTEL HOLDING S.A alienou, em 16/12/2010, sua participação no investimento na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA."

Nota: a data correta da cisão/incorporação é 31/12/2010.

12. Entretanto, foram consideradas para efeito de ganho de capital na alienação do investimento que DISTEL HOLDING S.A. detinha de SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, tanto a parcela de R\$ 78.982.812,20 (ágio amortizado pela DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA referente ao investimento na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA) quanto a parcela no valor de R\$ 41.069.279,70 (ágio amortizado pela DISTEL HOLDING S.A. referente ao investimento na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA).

13. Nesse ponto, esclarece a fiscalização que "... dever-se-ia considerar, na composição do valor contábil para efeito de ganho de capital, apenas a parcela de R\$ 78.982.812,20, correspondente ao ágio amortizado em relação ao investimento da DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA na SKY BRASIL

SERVIÇOS LTDA, e, de modo algum, a parcela de R\$ 41.069.279,70, correspondente ao ágio amortizado em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA”.

14. Desse modo, a autoridade fiscal considerou que a exclusão do valor de R\$ 41.069.270,70 não se enquadra em nenhuma das hipóteses admitidas pelo art. 250 do Regulamento do Imposto de Renda/1999.

15. Assim, do total excluído da apuração do lucro real em 31/12/2010 referente a ágios amortizados na realização do investimento, foi glosado, por ser considerado como exclusão indevida, a parcela de 41.069.279,70, referente ao ágio amortizado em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Impugnação ao lançamento de IRPJ

16. Pessoalmente intimada em 11/02/2014 (fl. 1335), a interessada, por intermédio de seus representantes legais (mandatos às fls 1434 e 1435), apresentou, em 12/03/2014, a tempestiva impugnação de fls 1409 a 1432, instruída com os documentos de fls 1470 a 1574, cujo teor é sintetizado a seguir:

a) A impugnante inicia sua defesa, em seu item “2”, tecendo comentários e esclarecimentos sobre os fatos e o auto de infração. Nesse sentido, afirma que “...no período-base encerrado em 31.12.2010, DISTEL HOLDING S.A. (“DISTEL”) foi extinta por incorporação pela IMPUGNANTE, que, à época, detinha a totalidade de seu capital social. Com a referida incorporação, a IMPUGNANTE sucedeu DISTEL em todos os direitos e obrigações nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações – LSA)”.

b) Sobre os ágios amortizados na apuração do lucro real no ano-calendário 2010, informa que decorreram dos seguintes fatos:

(i) “DISTEL detinha participação indireta em SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. (“SKY”) por meio de DTH COMÉRCIO S.A. (“DTH”).”

(ii) “tanto os investimentos de DISTEL em DTH quanto os de DTH em SKY foram adquiridos por montante superior aos correspondentes valores de patrimônio líquido contábil (“PLC”); assim, por ocasião das referidas aquisições e em decorrência da aplicação do método de equivalência patrimonial (“MEP”), o custo de aquisição de DTH e SKY foi desdobrado entre PLC e ágio fundamentado em perspectivas de rentabilidade futura;”

(iii) “considerando que o único ativo relevante de DTH consistia na participação societária em SKY (DOC. 02), o ágio registrado na contabilidade de DISTEL referente ao investimento em DTH estava atrelado às perspectivas de rentabilidade futura de investimentos indiretos em SKY (vide relatório de Avaliação Econômico-financeira encomendado por DISTEL e DTH e elaborado por

CONSEF – Consultoria Econômico- Financeira S/C Ltda. – **DOC. 03**);”

(iv) “DISTEL e DTH passaram a amortizar os referidos ágios periodicamente, para fins exclusivamente contábeis;”

(v) “em 15.07.2008, DTH foi extinta em razão de cisão total tendo parte do seu patrimônio sido incorporado pela IMPUGNANTE (39,94%) e parte, pela DISTEL (60,06%). Como consequência, a IMPUGNANTE e DISTEL passaram a deter participação societária direta em SKY nas proporções de 10,34% e 15,56%, respectivamente e o ágio antes vinculado ao investimento em DTH passou a estar vinculado ao investimento em SKY;”

(vi) “em 16.12.2010, DISTEL alienou seus investimentos em SKY e, pouco tempo depois, em 31.12.2010, foi incorporada pela IMPUGNANTE.”

d) Ao transcrever parte do Termo de Verificação Fiscal, na qual a fiscalização justifica a infração, a empresa argumenta que “Depreende-se, portanto, que a fiscalização entende que o ágio registrado por DISTEL, referente aos investimentos em DTH, deveria ter sido fiscalmente deduzido, à razão de 20% ao ano, a partir da incorporação, por DISTEL, da parcela patrimonial cindida de DHT, ocorrida em 2008, e não baixado integralmente por ocasião da alienação de SKY, ocorrida em 2010. Ou seja, segundo a fiscalização, com a incorporação da parcela cindida de DTH em DISTEL, o respectivo ágio desgarraria do investimento e se converteria em um ativo diferido (atualmente ativo intangível) de DISTEL, ao invés de vincular-se à participação societária em SKY”.

e) “O AUTO não questiona a origem, quantificação, fundamento econômico do ágio, nem tampouco a possibilidade de seu aproveitamento fiscal; o AUTO questiona apenas o cômputo integral de parte do ágio (a parcela amortizada do ágio que estava vinculado (sic) ao investimento de SKY para fins de apuração de ganho de capital auferido no período-base encerrado em 31.12.2010.”

f) No item “3” da impugnação, a fiscalizada tece suas argumentações referentes à dedutibilidade do ágio. Nesse sentido, inicia conceituando ágio e deságio mencionando a Lei das S/As (nº 6.404/76) e do Decreto-Lei nº 1.598/77, os procedimentos contábeis e fiscais, antes e depois do advento desses diplomas legais, e seus efeitos sobre o lucro da pessoa jurídica.

g) Comenta também que “...os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10.12.1997, deixam claro que a junção de empresas, mediante processos de incorporação, fusão ou cisão, com eliminação de participações societárias existentes entre empresas envolvidas, tem o tratamento de liquidação de investimentos...”.

h) “Na identificação dos fundamentos do ágio há que se observar os princípios de contabilidade geralmente aceitos e pode-se dizer que existe ágio cujo fundamento econômico está relacionado a bem(ns) do ativo da controlada ou coligada e ágio cujo pagamento é justificado pelo conjunto de bens, direitos e obrigações da empresa, os quais a tornam mais ou menos rentável. ... A par dos ágios antes tratados, há os que não têm fundamento econômico, os quais, segundo a Comissão de Valores Mobiliários (‘CVM’), devem ser baixados de imediato”, *conforme sua interpretação do art. 14 da Instrução CVM nº 247, de 27/03/96.*

i) *Continua sua defesa discorrendo sobre as diferentes origens de ágio sobre o investimento previstas no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e apresenta exemplo sobre o assunto (itens 3.10 a 3.23).*

j) *Volta mencionar o art. 14 da Instrução CVM nº 247/96, argumentado que “A diferença entre o ágio referido no § 1º e no § 2º do art. 14 da Instrução CVM nº 247/96 é que um deles se vincula a ativos e outro a um conjunto patrimonial. Em ambos os casos – ainda que por motivos diversos – o ágio justifica-se em razão da diferença entre o valor de mercado e o valor contábil de itens patrimoniais. Para que se desgarre da participação societária, quer num caso, quer no outro, é necessário que tais itens patrimoniais se incorporem ao patrimônio da Investidora.”*

k) “No caso concreto, parcela do ágio de DISTEL vinculado aos seus investimentos indiretos em SKY já havia sido amortizada na contabilidade da empresa, mas tal situação em nada altera as conclusões acima descritas. Como o único ativo de DTH era sua participação em SKY, com a incorporação da sua parcela cindida de DTH, o ágio vinculado aos seus investimentos em SKY – tendo ou não expressão contábil – passou a vincular-se diretamente aos investimentos em SKY.”

l) “Ou seja, sob a perspectiva de DISTEL, a incorporação de DTH, simplesmente transformou em direto o investimento que antes detinha indiretamente em SKY. Essa mera substituição de investimentos não autoriza o aproveitamento fiscal integral do ágio amortizado ou sequer seu aproveitamento na forma como equivocadamente entende a fiscalização.”

m) *Comenta também sobre o ágio justificado com base na mais valia de um ativo específico, assim como, exemplifica as operações que devem ser efetuadas nesse caso (itens 3.28 e 3.29). Da mesma forma tece comentários sobre o ativo diferido e a diferenciação entre custos e despesas (itens 3.34 a 3.37).*

n) “Em síntese, para que o ágio pago na aquisição do investimento em DTH se transformasse em ativo diferido, cuja amortização fosse capaz de gerar encargos dedutíveis, nos termos da Lei nº 9.532/97, ter-se-ia que sustentar que parte do valor empregado por DISTEL na aquisição de DTH (a parte correspondente ao ágio) não teria qualquer relação com os investimentos em SKY, o que, indiscutivelmente, não é o caso.”

o) “Ademais, como se observa do art. 426 do RIR, o ágio vinculado a investimentos avaliados pelo MEP integra o valor contábil do investimento a que se refere. Assim, suponha-se que, logo após a incorporação da parcela cindida de DTH por DISTEL, as ações de SKY (que substituíram as ações de DTH, em razão de sua incorporação) fossem vendidas exatamente pelo mesmo preço pago por DISTEL pelas ações de DTH. Caso o ágio houvesse sido transferido para seus investimentos em SKY (como procedeu a IMPUGNANTE), nenhum tributo seria devido; se transformasse em um ativo diferido, continuaria sendo amortizado à razão de 20% ao ano e DISTEL auferiria ganho de capital. Que lógica haveria nisso? DISTEL teria recebido exatamente a mesma importância paga pelas ações da DTH e, apesar disso, auferiria ganho de capital.”

p) “Em termos contábeis, restaria caracterizada a mesma distorção. DISTEL teria auferido ganho de capital no exercício em que ocorrida a venda de SKY e poderia até mesmo distribuí-lo como dividendos, continuando com um ativo diferido a amortizar sem auferir receitas com as quais esse ativo pudesse ser amortizado.”

q) “Em suma, para que a amortização do ágio vinculado aos investimentos de DISTEL em DTH produzisse efeitos fiscais, seria necessário que DTH, além de holding de SKY, fosse empresa operacional e que o ágio existente em DISTEL estivesse atrelado ao segmento operacional de DTH, e não às perspectivas de rentabilidade do conjunto de bens, direitos e obrigações existente em SKY. Como não foi esse o caso, com a cisão de DTH e incorporação da parcela de DTH em DISTEL, o ágio vinculado aos investimentos de DTH em DISTEL passou a vincular-se aos investimentos em SKY e, como acima, o produto da amortização do ágio relativo não poderia ser computado no lucro real.”

r) *Subsidiariamente, a empresa alega que* “Mesmo que se admitisse estar correto o entendimento da fiscalização de que, por força da legislação vigente em 31.12.2007, o ágio registrado por DISTEL e vinculado aos investimentos desta em DTH, ainda que fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da SKY, teria se transformado em um ativo diferido de DISTEL quando da incorporação da parcela cindida de DTH – o que se faz apenas a título de argumentação – ainda assim o saldo de tal ágio deveria ser integralmente baixado quando da alienação de SKY”.

s) “Com efeito, nesse caso, o ágio em questão deveria produzir efeitos fiscais a partir da incorporação, por DISTEL, da parcela cindida em DTH, à razão de 20% ao ano, já que, como visto, o mesmo teria se convertido em um ativo diferido em DISTEL. Todavia, com a alienação de SKY, não haveria mais a possibilidade de geração de receita que permitisse a recuperação do referido ágio, razão por que ele deveria ser integralmente baixado.”

t) “Na medida em que se transforma em um ativo diferido, o montante do ágio passa a ter tratamento idêntico ao dos custos, encargos ou despesas capazes de contribuir para a formação dos resultados de mais de um exercício.” *Nesse sentido, cita os arts. 324 e 327 do RIR/99.*

u) “Vê-se que, para as hipóteses de capital aplicado na aquisição de direitos (cuja existência ou exercício tenha duração limitada) ou de bens (cuja utilização, pelo contribuinte, tenha prazo legal ou contratualmente limitado), o RIR é expresso em estabelecer que “se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem” (§ 3º do art. 324).”

v) “Ainda que o referido § 3º do art. 324 do RIR não se refira a custos, encargos ou despesas que contribuam para formação de resultado de mais de um período-base, quando eles não correspondem à aquisição de bem ou direito específico, com prazo de amortização vinculado à sua própria existência, tal norma é plenamente aplicável aos custos, encargos ou despesas em geral registrados no ativo diferido, neles compreendido o ativo diferido em que se converte o ágio fundamentado em perspectivas de rentabilidade, nos termos do art. 1º, inciso II da IN nº 11/99 e o art. 6º, inciso III, da Instrução CVM nº 319/99.”

w) *A empresa aborda também as hipóteses de contabilização e amortização do ativo diferido.*

x) “É verdade que, a prevalecer o entendimento da fiscalização, uma parcela do ágio em questão deveria ter sido amortizada nos anos-calendário de 2008 e 2009, anteriores à alienação de SKY.”

y) “Considerando que DISTEL não apurou lucro tributável nesses períodos-base, o fato de ela não ter procedido à referida amortização não teria importado no pagamento a maior de IRPJ naqueles períodos-base.”

z) “Não obstante, caso tivesse procedido à referida amortização, como defende a fiscalização, DISTEL teria apurado um saldo maior de prejuízos fiscais que, em razão do MS nº 2011.51.01.00910-0, poderia ser integralmente compensado com ganho de capital apurado na venda de SKY, produzindo efeitos idênticos ao da baixa integral do ágio no período base de 2010.”

aa) “Em suma, a baixa integral do ágio não produziu quaisquer efeitos fiscais diversos daqueles que seriam obtidos com seu cômputo no lucro real do período entre a incorporação da parcela cindida de DTH em DISTEL e a alienação de SKY.”

bb) *Por fim, requer a impugnante que o auto seja julgado totalmente improcedente.*

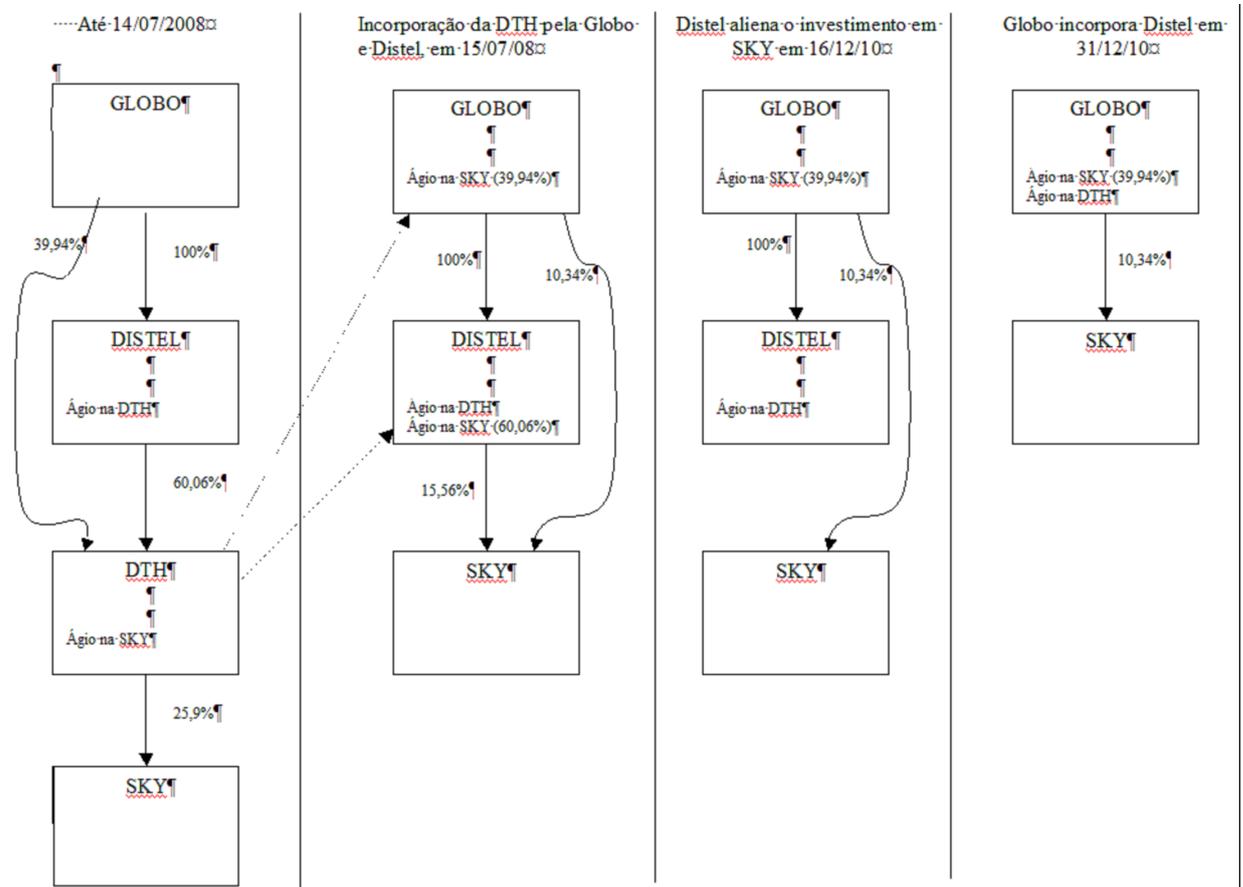
Da decisão de primeiro grau

A decisão recorrida (fls. 1580 a 1607) negou provimento à defesa após uma minudenciada análise fática, cujos principais pontos indicamos abaixo:

a) traçou uma linha do tempo dos acontecimentos, segundo a qual:

- a.1. Em 1998, DISTEL apurou ágio em DTH;
- a.2. No mesmo ano até 2008, amortiza o ágio, mas o reverte no LALUR;
- a.3. Em 1999, a DTH apura ágio em SKY;
- a.4. No mesmo ano até 2008, amortiza o ágio, mas o reverte no LALUR;
- a.5. Em 15/07/2008, DTH foi extinta por cisão total e incorporada à DISTEL e à Globo;
- a.6. Em 16/12/2010, DISTEL alienou sua participação em SKY;
- a.7. Em 31/12/2010, DISTEL foi incorporada à Globo.

b) apresentou o esquema da linha temporal:



c) demonstrou que o **Ágio DTH** foi formado em duas oportunidades: em 15/12/1997, por uma alteração de contrato social, no valor de R\$ 200.545,51; e em 31/07/1999, por outra alteração em contrato social, no valor de R\$ 59.503.771,82. Ou seja, quase todo o **ágio** foi formado em 1999.

d) demonstrou que o valor de R\$ 41.069.279,70 corresponde à parcela já amortizada contabilmente do **ágio** de R\$ 59.503.771,82.

e) demonstrou que o valor do **Ágio SKY** foi formado por meio de várias operações societárias e que somou R\$ 114.354.402,76 e que a parcela amortizada foi de R\$ 78.982.812,20.

f) concluiu que não seria possível comprovar que o **Ágio DTH** decorreria do investimento de DTH em SKY, dentre outras razões, porque na época da formação do **Ágio DTH**, apenas uma pequena parcela do **Ágio SKY** havia sido formado.

Do recurso voluntário

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 1.616 a 1.640, mediante reiterou (aliás, em boa parte, literalmente) as razões aduzidas na impugnação, mas dedicou parte da sua peça a contestar os fundamentos da decisão.

Abaixo, reproduzo trecho do recurso que bem sintetiza as razões apresentadas pela defesa contra a decisão de primeiro grau:

2.12. Além disso, a RECORRENTE demonstrou que, mesmo que se entendesse que o **ágio** registrado por DISTEL e vinculado aos investimentos em DTH teria se transformado em um ativo diferido de DISTEL quando da incorporação da parcela cindida de DTH, ainda assim o saldo ainda não amortizado do **ágio** deveria ser baixado quando da alienação de SKY, já que tal evento teria eliminado a possibilidade de geração de receitas que permitisse a recuperação do referido **ágio**.

2.13. A decisão recorrida (DECISÃO) não refuta o fato de que DTH era uma holding não operacional que tinha como único ativo o investimento em SKY. Também não contesta o entendimento de que o **ágio** só se transforma em ativo diferido da Investidora quando os ativos patrimoniais que o justificaram são incorporados ao seu patrimônio, e tampouco que isso não ocorreu com a incorporação da parcela cindida de DTH por DISTEL, já que tal evento apenas fez com que a participação de DISTEL em SKY, antes indireta, passasse a ser direta.

2.14. Não obstante, de maneira equivocada e inovadora, contesta o **ágio** registrado em DISTEL, por entender que ele não poderia decorrer ou sofrer influência do **ágio** registrado em DTH, vinculado ao investimento desta em SKY.

Das contra-razões

A D. Procuradoria apresentou contra-razões recursais às fls. 1681-1700, mediante as quais teceu as seguintes considerações.

Principia por uma explanação acerca dos fatos que originaram os ágios denominados pela Procuradoria por "Ágio DTH" e "Ágio SKY".

Ao analisar a composição do "Ágio DTH", a Procuradoria concluiu que não haveria indicações, nos registros contábeis, do seu fundamento econômico.

Argumenta ainda que há distinções entre o "Ágio DTH" e o "Ágio SKY", que não permitem identificar um com o outro. Nas suas palavras:

A contribuinte retoma em, seu Recurso Voluntário, a tese de que o "Ágio DTH" deveria ser transformado em "Ágio SKY", em virtude da cisão e incorporação da DTH COMÉRCIO, efetivada em 15/07/2008.

(...)

O problema da tese da contribuinte é que ela não comprovou o suposto vínculo do "Ágio DTH" com o investimento detido na SKY BRASIL, o que fundamentaria a pretendida transformação do "Ágio DTH" em "Ágio SKY". Ao contrário, limita-se a dizer que a DTH COMÉRCIO era holding não operacional e que, portanto, o ágio pago pela DISTEL HOLDING somente poderia dizer respeito ao valor de rentabilidade futura da SKY BRASIL. Isso fica explícito no trecho acima transcrito, no qual a recorrente sustenta a existência da relação entre o "Ágio DTH" e a rentabilidade futura da SKY BRASIL.

Entretanto, a autoridade fiscal e a turma julgadora de primeira instância deixaram evidente que não poderia haver a confusão entre os ágios, da forma como defende a contribuinte. Isso porque faltaria, justamente, a comprovação de que a DISTEL HOLDING teria adquirido um investimento pautado na rentabilidade futura da SKY BRASIL.

Em seguida, contesta o laudo apresentado pela defesa para fazer a vinculação do "Ágio DTH" com a rentabilidade futura da SKY. Abaixo, reproduzo os principais trechos das contra-razões:

No intuito de se desincumbir do seu ônus, a contribuinte oferece à autoridade fiscal um laudo datado de 01/07/2000.

(...)

*Por certo, o laudo trazido pelo contribuinte **não serve** para justificar o fundamento econômico do "Ágio DTH" como sendo a rentabilidade futura da SKY BRASIL. Como o laudo **não foi elaborado à época em que o ágio teria sido pago (maisespecificamente, antes do pagamento)**, esse documento **não pode ser aceito para a finalidade pretendida pela contribuinte**. Isso porque o **fundamento, razão ou justificativa econômica – que levam ao***

surgimento de um ágio – devem ser entendidos como o elemento volitivo que faz uma empresa adquirir a participação societária de outra. O fundamento econômico, assim, não é um simples documento, mas sim a vontade real que fez parte do negócio firmado. A rentabilidade futura, por exemplo, traduz o interesse da empresa adquirente de auferir no futuro a rentabilidade que será distribuída pelo investimento adquirido.

Ademais, a anterioridade do laudo econômico ao pagamento do ágio também decorre de uma questão de ordem lógica.

E prossegue:

Nesse ponto, cabe ainda lembrar que a operação que originou o “Ágio DTH” consistiu em um aumento de capital da DTH COMÉRCIO, cujo patrimônio líquido encontrava-se negativo antes da capitalização. Assim, a DISTEL HOLDING (à época GLOBO CABO) somente registrou o ágio nessa operação em virtude da diferença entre o valor aportado na DTH COMÉRCIO e o patrimônio líquido negativo desta pessoa jurídica. Naquela oportunidade, conforme demonstrado acima, não havia qualquer indicação ou menção no sentido de que o ágio estava sendo pago por causa da SKY BRASIL. Mais precisamente, no momento em que houve a capitalização da DTH COMÉRCIO, em 31/08/1999, não existia sequer estudo demonstrando a rentabilidade futura da SKY BRASIL. Portanto, somente é possível afirmar que o “Ágio DTH” surgiu em um processo de saneamento do patrimônio líquido negativo da DTH COMÉRCIO, sendo que a contribuinte não apresentou, em nenhum momento, provas que atrelassem o “Ágio DTH” ao investimento detido na SKY BRASIL.

Subsidiariamente ainda aduz que:

(...) ainda que se admita a possibilidade de incluir o “Ágio DTH” no valor contábil da SKY BRASIL, não se pode aceitar a integralidade do ágio proveniente da capitalização da DTH COMÉRCIO, ocorrida em 31/08/1999. Isso porque, de acordo com os dados apresentado acima, a DISTEL HOLDING não levou em consideração a alteração na participação societária da DTH COMÉRCIO no momento de registrar o ágio. Nessa perspectiva, somente poderia ser aceito como válido os valores de ágio que refletissem exatamente a aquisição de investimento, vale dizer, a nova participação societária que teria sido adquirida pela GLOBO CABO (antiga DISTEL HOLDING), em virtude da integralização do aumento de capital da DTH COMÉRCIO.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Apesar das longas peças que se seguiram após a lavratura do auto de infração (a impugnação, a decisão da DRJ, o recurso voluntário e as contra-razões), o termo de verificação fiscal (fls. 1.319-1.335) é bem conciso e retrata com precisão os fatos e o direito que a autoridade fiscal entendeu pertinente à espécie.

O referido termo é composto por 17 (dezesete) laudas, a maioria das quais a autoridade fiscal usa para descrever os passos que adotou durante a fiscalização, bem como para descrever infração que não foi lavrada no presente feito. A acusação aqui contraditada está integralmente nas seguintes passagens:

IV.2 Exclusão indevida de ágios amortizados na realização do investimento da apuração do lucro real

Verificou-se que a DISTEL HOLDING S.A., na ocasião de sua extinção e incorporação à GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A em 31/12/2010, excluiu da apuração do lucro real, a título de ágios amortizados na realização do investimento, o montante de R\$ 120.052.091,89 (fls. 9 e 1.354).

O contribuinte esclareceu que tal exclusão teve como fundamento o art. 426 do RIR/99, que determina qual é composição do valor contábil para efeito de ganho ou a perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido (fl. 114).

É importante observar que, de acordo com referido dispositivo legal, o valor contábil, para efeito de ganho ou a perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada, avaliado pelo patrimônio líquido, compõe-se da soma algébrica do valor do patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte (inciso I), do ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte (inciso II), e da provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real (inciso III).

Por meio da documentação apresentada (fls. 121 e 122), pode-se verificar que os R\$ 120.052.091,89, excluídos da apuração do lucro real em 31/12/2010, na realidade, subdividiam-se em duas parcelas – uma de R\$ 41.069.279,70 e outra de R\$ 78.982.812,20 –, correspondendo, respectivamente, aos ágios amortizados em relação aos investimentos da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA e da DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

Para compreender o que aconteceu, é preciso ter em conta o seguinte:

- 1) Em 15/07/2008, a DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S.A., que detinha uma participação de 25,90% na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, foi extinta por cisão total e incorporada, nas proporções de 60,06% e 39,94%, à DISTEL HOLDING S.A e à GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A., respectivamente. A partir dessa reorganização societária, a DISTEL obteve uma participação de 15,56% na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA;
- 2) Pouco antes de ser extinta e incorporada à GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. em 31/10/2010, a DISTEL HOLDING S.A alienou, em 16/12/2010, sua participação no investimento na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

No entanto, na composição do valor contábil para efeito de ganho de capital na alienação do investimento da DISTEL HOLDING S.A na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, inclui-se tanto a parcela de R\$ 41.069.279,70 como a de R\$ 78.982.812,20, correspondentes, respectivamente, aos ágios amortizados em relação aos investimentos da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA e da DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

Isso tudo pode ser mais claramente visualizado por meio do conjunto de quadros apresentados a seguir:

(Seguiram-se dois quadros com a demonstração numérica dos dois ágios)

Ora, na ocasião da alienação do investimento da DISTEL HOLDING S.A na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, dever-se-ia considerar, na composição do valor contábil para efeito de ganho de capital, apenas a parcela de R\$ 78.982.812,20, correspondente ao ágio amortizado em relação ao investimento da DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA na SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, e, de modo algum, a parcela de R\$ 41.069.279,70, correspondente ao ágio amortizado em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. Neste caso, se a interessada desejava se beneficiar do uso do ágio em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA, deveria ter seguido a regra específica do art. 386 do RIR/99, pela qual o ágio pode ser amortizado no prazo de cinco anos subseqüentes à incorporação.

Por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de exclusão admitidas pelo art. 250 do RIR/99, considerou-se que, na apuração do lucro real em 31/12/2010, a exclusão do ágio amortizado em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA foi indevida.

Por conta disso, do montante de R\$ 120.052.091,89, excluído da apuração do lucro real a título de ágios amortizados na realização do investimento em 31/12/2010, glosou-se, por se considerar exclusão indevida, a parcela de R\$ 41.069.279,70, correspondente do ágio amortizado em relação ao investimento da DISTEL HOLDING S.A. na DTH COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Para facilitar ainda mais a visualização de tudo o que foi dito com relação ao esquema de organização societária que envolve GLOBO, DISTEL, DTH e SKY, elaborou-se uma série de diagramas, que segue anexa a este termo de verificação fiscal (fls. 1.339 a 1.343).

Em termos ainda mais sintéticos, DISTEL possuía um investimento em DTH com ágio (ÁGIO DTH) e DTH possuía um investimento em SKY também com ágio (ÁGIO SKY). Houve extinção da DTH por cisão total e DISTEL absorveu parte do patrimônio de DTH, inclusive parte do ÁGIO SKY.

A princípio, devemos aplicar as disposições previstas no art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3000/99), uma vez que versa justamente sobre "Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão":

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha

participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos

tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

O referido artigo e seus sub-dispositivos fazem referência ao art. 385, que trata justamente da formação do ágio:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em sub-contas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

No "custo de aquisição" a ser desdobrado em "valor pelo PL" e "ágio/deságio", devem ser incorporados todos os valores empregados pelo investidor para obter e manter a participação na sociedade investida, o que, no meu entender, se aplica às capitalizações posteriormente feitas à aquisição. Entendimento diverso levaria à conclusão de que esse valor poderia ser, de pronto, revertido para contas de resultado.

De todo modo, a substância do ÁGIO DTH não foi questionada pela fiscalização, mas sim a sua apropriação contra o resultado, no caso, para fins de quantificar o ganho de capital.

O tratamento tributário é definido pela natureza desse ágio.

Nesse caso, não há que se perquirir uma comunicação entre os dois ágios, mas sim a vinculação do ÁGIO DTH com o investimento em SKY. Se o ÁGIO DTH decorre do investimento em SKY, deverá compor o seu custo para fins de apuração do ganho de capital. Se decorre de outras razões, deve seguir o tratamento próprio da respectiva razão.

Seria uma rentabilidade futura e assim deveria ser amortizado em cinco anos? Mas qual, se DTH não era uma sociedade operacional e a única operacional acabava de ser alienada?

Seria um bem, um intangível ou algum outro fundamento econômico? Mas qual?

É bem verdade que o ônus de comprovar a natureza jurídica do ágio é do particular, mas essa prova não pode ser sacramental. Não pode ser exclusivamente um laudo específico elaborado previamente à data da aquisição do investimento. Afinal, como mesmo aduzido pela d. Procuradoria, compõem a sua formação posteriores aportes de capital, e para cada um desses aportes seria necessário um laudo prévio? A DISTEL não poderia aportar em DTH justamente porque ela continuava com interesses nessa sociedade em razão da sua participação em SKY?

Seria necessário um laudo que atestasse o valor do ágio em face da rentabilidade futura de SKY? Na verdade, pela formação do ágio, muito provavelmente, o valor da rentabilidade futura de SKY não iria corresponder aos totais de aportes, pois estes foram feitos ao longo do tempo. Conforme consta inclusive das contra-razões da d. Procuradoria, este ágio foi composto por três valores, formados em três operações distintas, que se distribuíram no tempo. Não há como o total deles corresponder a um valor específico de rentabilidade futura num único instante temporal.

Aliás, o próprio laudo (e não vejo motivos para duvidar da sua consistência técnica) apresentado pela defesa traz uma larga margem para o valor do negócio avaliado em 01/07/2000, isto é, de R\$ 669.000.000,00 a R\$ 1.399.000,00 (fl. 1537).

O relevante para fins de aferição do custo a ser considerado na determinação do ganho de capital é saber se tais valores foram pagos/aportados em DTH e que compuseram o ÁGIO DTH, com a extinção de DTH guardam relação com o investimento em SKY e para tal basta perquirir a existência de uma outra razão econômica.

Não há, nos autos, sequer suspeita de qualquer outra razão econômica para o ÁGIO DTH. Pelo contrário, conforme o documento de fls. 1471, o ativo de DTH era composto quase que exclusivamente pelo investimento de SKY. Logo, na sua extinção, o ágio só poderia ser atribuído ao custo do seu único ativo, qual seja, o investimento em SKY.

Aliás, me chamou a atenção também o fato de o Ágio DTH original corresponder ao total de R\$ 59 milhões (isso pode ser visto na própria decisão da DRJ). Os R\$ 41 milhões são relativos ao valor já amortizado contabilmente e revertido para fins fiscais. Se a apropriação do ÁGIO DTH ao custo do investimento fosse indevida, deveria o ágio ter sido glosado no seu montante integral de R\$ 59 milhões e não apenas o valor dos R\$ 41 milhões, que já haviam sido amortizados para fins contábeis, mas não fiscais.

Ora, por que foi aceita a parcela não amortizada do ágio, mas não aquela que havia sido amortizada apenas com efeitos contábeis?

Não há lógica nisso.

Aparenta-me que a própria autoridade fiscal não compreendeu por completo as operações que repercutiram no custo da participação alienada.

Tudo converge para a conclusão de que a razão econômica do ágio era o investimento em SKY. Logo, uma vez alienado, o seu custo, inclusive o ágio (valor, aliás, que só surge em razão da avaliação pelo patrimônio líquido), deve ser integralmente considerado para fins de apreciação do ganho de capital.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator