



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

Processo n° 19515.005924/2009-77
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-000.899 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente PUBLICAR DO BRASIL LISTAS TELEFÔNICAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, acompanhado pelo Conselheiro José Ricardo da Silva, nos termos de relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

MARCOS AURELIO PEREIRA VALADÃO - Presidente

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR - Relator

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadao, José Ricardo da Silva, Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Mônica Sionara Schpallir Calijuri e Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

A) Do Termo de Verificação Fiscal e do Auto de Infração

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte, foram lavrados 2 (dois) Autos de Infração (fls. 680 a 701), em 18/12/2009, com ciência dada em 24/12/2009, por meio dos quais foram constituídos os seguintes créditos tributários: (i) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ no valor de R\$ 19.020.574,04 e (ii) Contribuição Social s/Lucro Líquido no valor de R\$ 5.421.795,85, totalizando a importância de R\$ 24.442.369,89, incluídos os valores dos tributos, das multas de ofício e dos juros de mora (estes calculados até 30/11/2009).

Os enquadramentos legais utilizados para fundamentar as autuações encontram-se nos respectivos autos de infração e são os a seguir discriminados:

IRPJ: artigos: 247; 250; 273; 275; 541; 542; inciso III do artigo 841; 926, caput e o § 3º do artigo 385 do RIR/99. Incisos IV e V do artigo 166 e o caput do artigo 168 do Código Civil de 2002;

CSLL: artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; artigo 28 da Lei nº 9.430/96; artigo 273 do RIR/99; artigo 37 da Lei nº 10.637/02.

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 03.148.388/0001-60 e a MKV HOLDINGS LTDA (MKV), CNPJ nº 03.038.709/0001-74;
- 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 retiraram-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 03.148.389/0001-05 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 02.668.434/0001-90, 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\$ 160.932.0000,00, em 31/03/2000;

- a fiscalização faz a seguinte observação: "como o cálculo feito internamente, baseado no balanço da Listel em 30/04/1999, poderia ser coincidente com o cálculo feito no presente laudo, de 28/08/2000? Na DIPJ 2000 (AC 1999) foi apurado como resultado do período o prejuízo de R\$ 25.871.46,18 enquanto na DIPJ 2001 (AC 2000) o resultado do período foi positivo, R\$ 5.595.423,35, sem contar que o laudo confeccionado pela EQUITY tomou como base período posterior ao balanço elaborado para aquisição da LISTEL pelas empresas MKV e a APENINA, a saber, de maio de 1999 a agosto de 2000. Como o cálculo produzido internamente com números de abril de 1999 poderia se aproximar deste do laudo de agosto de 2000, já que os históricos dos resultados são tão dispares?";

- declara, ainda, a fiscalização: "do acima disposto, concluímos que a apuração do ágio ocorreu em circuito fechado, isto é, entre empresas do mesmo grupo. Concluímos também que a aquisição da LISTEL pela APENINA e MKV não se revestiu das formalidades necessárias, o que acabou por invalidar o valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária";

- foi constatado que o ágio na aquisição do investimento foi contabilizado nos balanços de 31/12/1999 da MKV e da APENINA. Portanto o ágio já se encontrava registrado antes do laudo que o justificou;

- ficou comprovado também que desde a sua composição, a única atividade econômica realizada por estas empresas, APENINA e MKV, foi a participação na PUBLICAR. "A conjugação dos fatos acima nos leva a concluir que o negócio foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real". "Os fatos acima corroboram a idéia de que esta foi uma operação ilegítima, que não foi devidamente documentada, o que põe em dúvida a sinceridade da operação";

- finalmente, a aquisição do investimento na LISTEL pela MKV e APENINA também infringiu os incisos IV e V, do artigo 166 e o artigo 168 do Código Civil de 2002, que prevêem que é nulo o negócio jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei e for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade. Estes artigos já existiam na antiga edição do Código Civil, como incisos III e IV do artigo 145 e caput do artigo 146;

(...)

A fiscalização qualificou a multa de ofício, declarando: "Os fatos acima relatados ensejaram a aplicação da multa de ofício qualificada, conforme disposto no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. A operação aqui analisada infringiu os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64".

Vale esclarecer que o valor do ágio amortizado objeto de glosa foi no montante de R\$

R\$ 65.859.609,84

Documentos assinados digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 28/07/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 29/07/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 29/07/2013 por JOSE ANTONIO DA SILVA

B) Impugnação

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

- a fiscalização entendeu erroneamente que a operação de aquisição do controle da LISTEL foi realizada em "circuito fechado" exclusivamente para fins de gerar o ágio e "gerar uma vultosa exclusão do Lucro real";

- de fato, o ágio na APENINA e MKV decorreu do preço por elas pago na aquisição da LISTEL, operação esta que foi objeto do Ato de Concentração nº 08012.005536/99-25 junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, demonstrando assim sua propriedade econômica;

- 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 Intemational Holdings, com sede na Cidade de Engelwood, 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;

- Tentando reforçar o argumento alegou secundariamente que a M1 pagou na época os valores decorrentes do ganho de capital resultantes dessa operação o que demonstra a sua essência econômica, e que deveria a RFB deveria obter esse guia em seu banco de dados e juntá-la aos autos;

- Portanto, seria evidente que a apuração do ágio não se deu em circuito fechado. O ágio foi gerado em ato negocial realizado entre DIFERENTES grupos econômicos;

- O fiscal esforçou-se para buscar motivos para autuar a impugnante. O raciocínio do fiscal estaria errado porque a Averdin Holdings Ltda.(BellSouth) somente controlou a Listel porque adquiriu com ágio as participações da M1 e da Abril;

- Em termos tributários, a operação só poderia ser desconsiderada por falta de substância econômica se houvesse fraude, simulação ou dissimulação, diretas ou por intermédio de abuso de forma, o que não existiu;

- Qualquer que fosse o mecanismo da compra o ágio existiria, quer dizer, mesmo sem a divisão da aquisição por duas empresas haveria aquisição com ágio, porque o preço foi pago com ágio

e isso fica claro em decorrência dos valores constantes da operação e pelo pagamento do ganho de capital, cujo comprovante pediu a Recorrente ajuntada;

- Ponderou que os atos da administração pública são vinculados, devendo ser justificados e comprovados, sendo vedado ao poder público imputar falsa responsabilidade ao contribuinte. Sendo o lançamento fiscal um ato administrativo tem o mesmo de obedecer aos princípios que regem essa categoria de atos, dentre os quais a legalidade, a oficialidade, a inquisitorialidade, a vinculabilidade, a motivação e a verdade material;

- A aplicação de multa de ofício qualificada acaba dando ao auto o caráter de severidade que o fiscal pretendeu induzir por intermédio do raciocínio que esboçou, entretanto, igualmente é incabível porque não houve qualquer fraude nos termos apontados pelo fiscal (artigo 72 da Lei nº 4.502/164, c. c. § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96);

- Uma leitura correta do laudo da Equity demonstra que esse não foi feito para justificar o preço pago com base na rentabilidade futura, mas sim para confirmar a posterior as expectativas e permitir a empresa o aproveitamento dos benefícios com mais segurança. Com esse objetivo a empresa contratou, ainda, mais três laudos, um em março de 2002, outro em fevereiro de 2004 e mais um em janeiro de 2006.

- Em suma, o que substanciou o ágio foi a expectativa de rentabilidade apontada pelo estudo que acompanhou a negociação da compra da Listel pela BellSouth, (juntou a impugnação cópias do referido estudo feito pela compradora).

- Ressaltou, que o próprio fiscal afirmou haver registro do ágio desde o primeiro momento, bem como de que havia um estudo que consubstanciava o preço de compra.

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

P: Como o cálculo feito internamente, baseado no balanço da Listel em 30/04/1999, poderia ser coincidente com o cálculo feito no presente laudo de 28/08/2000? Ainda mais se considerássemos as demonstrações de resultado e do lucro real das DIPJ 2000 e 2001?

R: O Laudo de avaliação da Equity serviu para confirmar as projeções feitas inicialmente e partiu das premissas apontadas na demonstração constantes da contabilidade da Listel. A existência de prejuízo na DIPJ de 2000 (AC 1999) e a existência do lucro na DIPJ 2001 (AC 2000) só solidificaram esse entendimento; lembremo-nos que em 1999 o Brasil passou por uma crise desencadeada pela crise na Rússia de 1998 e na crise cambial interna - o fato é que houve uma desvalorização do dólar de 63% no mês de janeiro de 1999, o que refletiu nos resultados daquele ano. Superando as expectativas em 2000, o resultado foi positivo, o que continuou a projetar-se até o momento.

P: Como o cálculo produzido internamente com os números de abril de 1999 poderia se aproximar deste do laudo de agosto de 2000, já que os históricos dos resultados são tão dispares?

R: O laudo de agosto de 2000 partiu das projeções feitas em 1999. E não poderia ser diferente porque seu objetivo era certificar-se que essas projeções estavam ou não

corretas. O cálculo projetado, nesse caso, foi referendado. O laudo feito só veio a referendar as projeções feitas por ocasião da compra.

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 MI 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.

Concluiu a impugnação com os seguintes pedidos:

- Em sede preliminar, a desconstituição do auto de infração, em razão da ilegalidade da autuação, uma vez que a fiscalização e a conclusão do Sr. Auditor Fiscal, além de não corresponder à realidade dos fatos, não observou os ditames legais e os princípios da oficialidade, a inquisitorialidade, a vinculabilidade, a motivação e a verdade matéria;

- Caso não acolhida a preliminar, que fosse anulado o Auto de Infração, já que não incorreu na infração que ensejou a multa ora cobrada, tendo em vista a existência de efetivo negócio jurídico que gerou o ágio excluído em momento oportuno na apuração da base de cálculo do IR e da CSLL e o cumprimento de todos os requisitos legais;

- Na hipótese de não acolhimento dos pedidos anteriores, a redução da multa aplicada, tendo em vista a inexistência de fraude;

- A juntada por parte da Administração Pública no processo da guia de pagamento do tributo sobre o ganho de capital decorrente da venda com ágio das quotas que a Mediaone possuía na Listel, nos termos do artigo 37 da Lei no 9.784/99, tendo em vista que esse documento não pertence a impugnante, na qualidade de compradora, mas encontra -se nos arquivos da RFB.

C) Julgamento da DRJ/SP1

A DRJ/SP1 ao julgar a impugnação, manteve integralmente o lançamento, publicando acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO" - Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, constituída sem finalidade comercial, em cujo patrimônio constava registro

de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

AUTO REFLEXO - CSLL - O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

Cumpre aqui reproduzir parte da principais digressões constantes do voto proferido:

“(…) a Impugnante não esclareceu devidamente a razão da empresa Averdin Holdings Ltda (Brasil) que controlava com 99% de participação as empresas: Apinina e a MKV, ser controlada em 99% pela Listel Advertising & Publisnhing (B.V. I) Limited — (British Virgin Islands) e em 1% pela Listel Advertising & Publisnhing (B.V. I) Holdings Limited - (British Virgin Islands). Estas c_omposições acionárias indicam que as empresas faziam parte do mesmo grupo da Listel.

E, mesmo que as operações tivessem ocorrido entre empresas de grupos independentes, deve ser destacado que a empresa no exterior não adquiriu o controle acionário da Listel diretamente. Houve primeiramente a constituição da empresa Averdin Holdings Ltda (Brasil) que teve a única finalidade de constituir as duas empresas, MKV e Apenina, que adquiriram o controle acionário da Listel.

Estas duas empresas constituídas unicamente para a aquisição da Listel é que apuraram os ágios e que foram incorporadas posteriormente pela sua própria controlada Listel, transferindo para esta os referidos ágios para serem amortizados e considerados dedutíveis para efeitos fiscais.

*É evidente que a constituição destas empresas não teve nenhuma motivação econômica. Elas não desenvolveram nenhuma atividade. **O único objetivo foi de se prestarem como empresas veículos para que o ágio apurado na aquisição da Listel pudesse, após as incorporações, ser amortizado e considerado como dedutível.** Como mencionou a fiscalização "A conjugação dos fatos acima nos leva a concluir que o negócio foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real",*

(…)

No presente caso, não se apresenta nenhum motivo autônomo para justificar a realização de cada uma das etapas das operações. Isto é, não existia uma finalidade diferente para cada etapa que as justificasse. A finalidade era uma única e somente seria obtida no final de todas as etapas. Tais circunstâncias me levam a considerar a operação como um todo, sem que se perca de vista, no entanto, as peculiaridades de cada etapa de que a operação se compõe.” (destaquei)

Citou-se ainda no acórdão a atipicidade de a controlada ter incorporado as controladoras, servindo tal fato como mais um elemento a reforçar o caráter de empresas veículo da MVK e da APENINA. Neste ponto faz referência a trechos de doutrina e jurisprudência

Ainda fez-se alusão a debates no Poder Legislativo acerca da distorção causada pela concessão do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99 e sobre as manobras e artifícios elocubrados pela iniciativa privada para tentar dele se aproveitar

Quanto ao requerido para juntada da guia de pagamento do tributo sobre o ganho de capital decorrente da venda com ágio das quotas que a Mediaone possuía na Listel, informou-se no voto que não existe a necessidade de anexar tal documento, pois, não teria influência na decisão.

Relativamente a multa qualificada, entendeu o órgão de julgamento que ficou caracterizado a previsão do artigo 72, da Lei nº 4.502/64, na medida em que houve a constituição de duas empresas, a MKV e a APENINA, apenas para servirem de veículo para que os pretensos ágios fossem transferidos à Listel, através das incorporações das duas empresas e, fossem amortizados e considerados como dedutíveis, reduzindo os tributos devidos.

D) Recurso Voluntário

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

i) É absolutamente incompreensível que os julgadores sustentem que o fato de existirem empresas off-shore montadas nas Ilhas Virgens com o nome de "Listel" seja suficiente para que se depreenda serem elas do mesmo grupo econômico da vendedora — isso corresponde a uma absoluta falta de conhecimento das operações empresariais e falta de exame adequado dos documentos acostados.

Ponderou que as controladoras da Averdin Holdings Ltda. (Brasil) foram denominadas Listel Advertising & Publishing (BVI) Limited e Listel Advertising & Publishing (BVI) Holding Limited (British Virgin Island) porque foram montadas pela compradora, Bellsouth Advertising & Publishing Corporation, exclusivamente para essa operação e foi esse o nome escolhido pelos seus administradores. A criação dessas empresas se deu por motivos ligados a sua administração nos Estados Unidos da América e que não trazem qualquer reflexo no presente processo.

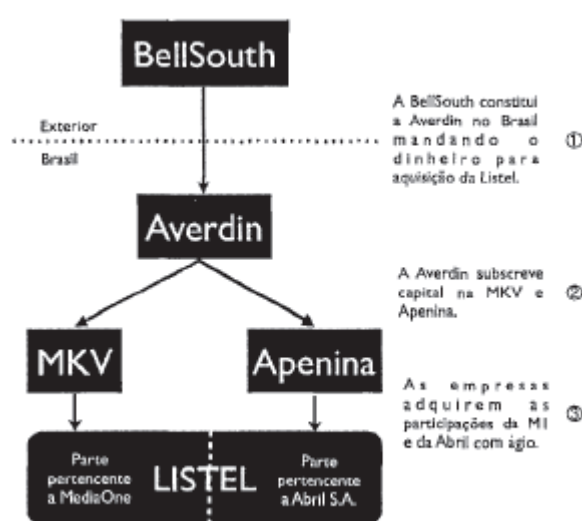
Esclareceu que o que constitui um grupo empresarial não é a denominação, mas o vínculo societário que possuem as empresas — no presente caso é evidente que a Bellsouth Advertising & Publishing Corporation nada tem a ver com as vendedoras, Mediaone Brasil Comércio e Participações Ltda., controlada pela Mediaone International Holdings, com sede na Cidade de Engelwood, no Estado do Colorado nos Estados Unidos da América (empresa do grupo US West que na época era concorrente da BellSouth e que foi adquirida pela AT&T, conforme amplamente noticiado), e da sua sócia na Listel, a empresa Abril S.A.

Essas empresas nunca pertenceram ao mesmo grupo empresarial e não tinham qualquer vínculo entre si. A caracterização do grupo econômico não pode se restringir ao nome

escolhido para as empresas, mas deveria analisar as relações interempresariais hierárquicas e assimétricas e a existência de uma relação de coordenação entre as diversas empresas o que não existe,

Além de inverídico, o motivo que sustenta esse argumento é uma mera suposição, o que desqualifica o auto, a BellSouth apresentou no ato de concentração juntado aos autos elementos que demonstram com clareza que não ha nenhum vinculo entre ela e as vendedoras, Abril e Mediaone.

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.



iii) Alegou que em termos tributários, a operação só poderia ser desconsiderada por falta de substância econômica se houvesse fraude, simulação ou dissimulação, diretas ou por intermédio de abuso de forma, o que não existiu.

A operação que gerou o ágio não se consubstanciou em qualquer um desses tipos e nem foi feita com abuso de forma. Foi evidente aquisição de participação acionária com ágio e de acordo com as provas carreadas aos autos, as operações realizadas foram aquelas efetivamente queridas e realizadas pelas partes, não se vislumbrando qualquer comportamento que possa ser identificado como simulado.

A justificativa econômica para a constituição dessas duas empresas foi de que cada uma serviu para segregar a aquisição das participações de cada sócio na Listel e de qualquer modo, o ágio na aquisição teria ocorrido, porque o ágio decorreu do prego pago, não da existência dessas duas empresas.

Também existe absoluta motivação econômica para a existência da incorporação das controladoras pela controlada, de modo que a MKV e a APENINA não serviram apenas como empresas-veículo na operação.

Como consta do próprio auto em 31.7.2000, a MKV foi incorporada pela Listel — mais de um ano após a aquisição da participação que a Mediaone detinha na Listel. Como se pode ver, houve uma diferença no valor do ágio entre a data de aquisição (em 1.6.1999) e a data da incorporação da MKV pela Listel (em 31.7.2000), no montante de R\$ 3.891.525,00, que decorreu de um ajuste de prego relativo à aquisição de ações da Listel, em decorrência da reversão da reserva de contingência.

Inferre que somente o ágio apurado e registrado pela MKV (de R\$ 78.934.332,05) já supera o valor do ágio utilizado pela Publicar nos anos de 2003 a 2008 (de R\$ 65.859.609,84) e que foi glosado pela fiscalização no Auto de Infração.

A APENINA foi incorporada pela Listel somente em 31.12.2003 — ou seja, três anos e meio depois da aquisição — quando já não haviam riscos de contaminação das operações decorrentes da situação da Abril S.A. e quando as obrigações decorrentes do contrato, entre elas a migração da Abrilprev para outro plano de previdência, prestação dos serviços de transição e liberação das garantias legais, etc., foram devidamente cumpridas, conforme expresso no contrato de aquisição.

O motivo de se fazer uma incorporação as avessas é evidente. Cumprido os prazos de ajuste dos preços e das garantias contratuais as controladoras cumpriram o seu papel e cada uma em um momento diferente pode ser incorporada pela Listel, porque esta era a empresa operacional e não as controladoras, o custo empresarial de se manter as controladoras existindo sobre a controlada ou fazer a incorporação da controlada pelas controladoras seria infinitamente maior, além disso a Listel era uma Sociedade Anônima e as demais Limitadas, buscou-se com as operações uma melhoria operacional e uma evidente redução de custos.

No presente caso é claro que a operação deveria ter sido realizada como ocorreu e não foi feita exclusivamente por motivos tributários. A operação não ocorreu em prazo ínfimo entre a aquisição da participação com o ágio e a incorporação das empresas pela Recorrente; a operação foi realizada e o ágio justificado com base em documentos devidamente aceitos pela DRJ; existe motivo econômico; não há simulação ou fraude.

Dentro dessa ótica, o negócio foi lícito porque se apoiou em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. A operação desde seu princípio teve uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não predominantemente fiscal.

Conclui o recurso reiterando os pedidos já feitos em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator:

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais para seu seguimento. Dele, portanto, conheço.

Compulsando o Termo de Verificação Fiscal de fls. 660/669, é possível apurar, facilmente, as razões que levaram a Fazenda a engendrar a glosa do ágio amortizado pela recorrente, *in verbis*:

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

Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

28/07/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO

JUNIOR, Assinado digitalmente em 29/07/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 29/07/2013 por JOSE ANTONIO DA SILVA

“(...) Do acima disposto, concluímos que a apuração do ágio ocorreu em circuito fechado, isto é, entre empresas do mesmo grupo.

Concluímos também que a aquisição da LISTEL pela APENINA e MKV não se revestiu das formalidades necessárias, o que acabou por invalidar o valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária.

Apresentados os livros diários da MKV e da APENINA (fls. 577 a 658) constatamos o seguinte: O ágio na aquisição do investimento foi contabilizado nos balanços de 31/12/88, registrados em 21/02/2002 no Cartório de Registro Civil... Os livros referentes ao ano-calendário de 2000 também foram registrados no mesmo cartório e na mesma data (...). Finalmente o livro Diário do ano-calendário de 2001 da APENINA foi registrado na mesma data (...)

Portanto, o ágio já se encontrava, apenas formalmente, registrado antes do laudo que o justificou. Porém constatamos, que todos os livros de 1999 a 2001 foram registrados em 21/02/2002.

Constatamos também que desde sua composição, a única atividade econômica realizada por estas empresas (APENINA e MKV) foi a participação na PUBLICAR, conforme cópias dos livros diários destas empresas acostados ao processo (fls. 558 a 658)

A conjunção dos fatos acima leva a concluir que o negócio foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão ao Lucro Real.

Os fatos acima corroboram a idéia de que esta foi uma operação ilegítima, que não foi devidamente documentada, o que põe em dúvida a sinceridade da operação.

Além da falta de cumprimento das formalidades para a apuração do ágio e do mais acima disposto, também há que se considerar, como bem destacou Marco Aurélio Grecco (Planejamento Tributário - Dialética- 2004) que o elemento relevante quando se está diante de uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional". A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. O código civil define no caput do art. 966 que "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços". (grifamos)

Neste contexto quais seriam os papéis da APENINA e da MKV? Marco Aurélio Grecco cita situações que são perfeitamente

aplicáveis ao caso sob exame. Uma delas é o que chama de "empresa de passagem", que vem a ser apenas uma pessoa jurídica criada apenas para servir de canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transmitir um patrimônio ou determinado recurso. Outra é a "sociedade efêmera" ou de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação. A APENINA e a MKV se encaixam perfeitamente nestas definições.

(...)

Finalmente, a aquisição do investimento na LISTEL pela MKV e APENINA também infringiu os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002: incisos IV e V do art. 166 e o caput do art. 168, abaixo listados:

Art. 166. g nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

(...)

Portanto, concluímos que a dedução do valor do ágio ficou impossibilitada por vício de origem da operação onde este foi apurado. Operação que, conforme acima exposto, careceu de forma e de substância econômica" (g.n.)

Vê-se, em primeiro lugar, que a Fiscalização apontou ter a apuração do ágio deduzido ocorrido, supostamente, em "circuito fechado" – isto é, entre empresas do mesmo grupo econômico. Isso seria, alegadamente, motivo para se questionar a legitimidade do sobrepreço, eis que a formação interna deste levaria a crer em um situação de artificialismo, empregado com o fito único de fazer evadir tributos.

Em segundo lugar, o Fisco também asseverou que o surgimento do ágio sob escólio não teria se revestido das formalidades necessárias a sua efetivação, por conta do registro tardio dos livros Diário dos anos-calendários de 1999 a 2001.

Por fim, em terceiro lugar, arguiu o Fisco, ainda, que tanto a APENINA quanto a MVK constituiriam meras "empresas-veículo", criadas, pela real adquirente estrangeira (BELLSOUTH), com o fito único de viabilizar a aquisição das quotas do capital social da LISTEL.

Cada um dos 03 (três) grandes pontos suscitados pela i. autoridade lançadora serviu, como não é difícil verificar, para tentar trazer luz à suposta irrealidade do ágio glosado. Noutras palavras, buscou a Fazenda, com esta sorte de argumentação, coligir indícios que, em sua visão, seriam suficientes a demonstrar que o ágio deduzido não cerraria fundamento econômico real, na medida em que configuraria simples artifício de redução fiscal.

Sucedem, porém, inicialmente, que a suposta natureza “interna” do ágio não procede. Há, nos autos, demonstração cabal, por meio de excertos documentais trazidos em sede de impugnação, de que toda a transação comercial envolveu a alienação e a aquisição de participações societárias, atinentes ao capital social da LISTEL, entre grupos econômicos distintos – MEDIAONE e ABRIL S.A. (vendedores), de um lado, e BELLSOUTH (comprador), controlador indireto da APENINA e da MVK, de outro. Veja-se, nessa seara, o instrumento de compra entranhado às fls.1130/1208, indicativos das partes envolvidas, bem como o organograma posto à fl. 1256, enunciador da operação realizada, submetida ao crivo do CADE.

Resta claro, disso, que o ágio apurado decorreu da alienação e da aquisição de participação societária entre atores nitidamente não relacionados. Ao contrário, portanto, do que queria fazer passar a Fazenda, o sobrepreço do investimento não poderia ser entendido como resultado de ardiloso ajuste perpetuado entre pessoas jurídicas ligadas.

Os outros pontos levantados pelo i. agente autuante – inobservância de formalidades negociais e adoção de “empresas-veículos” – tinham, da mesma maneira, o fim de apontar suposta falta de substrato econômico para o ágio apropriado e deduzido. Poderíamos, pois, também aqui, analisar se houve ditas falhas e se elas seriam capazes de tornar ilegítimo o sobrepreço contabilizado. A nós parece, porém, que a insubsistência da autuação pode ser identificada num ponto prévio do raciocínio.

Explique-se melhor. Todo lançamento de ofício operado pela via do auto de infração deve ser analisado com cautela. A acusação fiscal, em homenagem às garantias constitucionais outorgadas ao contribuinte, deve ser robusta e bem delimitada. Exatamente por isso, o ônus de provar a acusação é, salvo excepcional previsão legal contrária, do Fisco, e somente dele.

Nas autuações idênticas a esta que ora de debate, a autoridade fazendária precisa, para instruir satisfatoriamente a acusação, explanar motivos inquestionáveis para o ágio computado não ser reputado legítimo. Nestes termos, o Fisco precisa elucidar, sem margens de dúvidas, os motivos que levam a concluir pela falta de causa econômica para que o contribuinte, na aquisição de um investimento, suporte custo superior à fração representativa do patrimônio líquido da investida.

Ora, os fundamentos econômicos que podem justificar a contabilização do ágio são, basicamente, aqueles preconizados pelos incisos I a III do artigo 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977:

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

(...)

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

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

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

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

É claro, em tal panorama, que a comprovação do artificialismo do ágio demanda mais do que o cotejo de indícios episódicos – como, por exemplo, os apontados acima. A adoção de “empresas-veículo”, por si só, não desnatura a legitimidade do ágio; a eventual criação intra grupo ou supostos vícios formais, também não.

Questionar a dedutibilidade do ágio, portanto, passa, inevitavelmente, pela desconstituição do fundamento econômico adotado pelo sujeito passivo. Esse é o labor que o i, agente atuante deve satisfazer.

Bem, na hipótese dos autos, o fundamento indicado para o sobrepreço glosado foi a previsão de rentabilidade futura da própria atuada. Os cálculos destas potencialidades foram realizados, previamente, pelas adquirentes Apenina e MKV, já no ano-calendário de 1999. Os resultados deste procedimento contábil foram declinados nos balanços das adquirentes.

Vale ressaltar, de pronto, que a confecção deste estudo técnico é imperioso, forte no que determina o artigo 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977:

“Art. 20. Omissis.

(...)

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

Ponderou o i.auditor que o laudo apto a amparar o ágio considerado foi emitido, apenas, em 28.08.2000 – ou seja, mais de 01 (um) ano depois das aquisições das ações da LISTEL pela Apenina e pela MKV. Dito laudo teria sido elaborado por auditoria terceirizada e seria, em princípio, o primeiro documento digno de fé.

A recorrente, por sua vez, refuta o entendimento fazendário, esclarecendo que o laudo “*não foi feito para justificar o preço pago com base na rentabilidade futura, mas sim para confirmar a posterior as expectativas e permitir empresa o aproveitamento dos benefícios com mais segurança. Com esse objetivo a empresa contratou, ainda, mais três laudos, um em março de 2002, outro em fevereiro de 2004 e mais um em janeiro de 2006. O que substanciou o ágio foi a expectativa de rentabilidade apontada pelo estudo que acompanhou a negociação da compra da Listel pela BellSouth, cujas cópias estão anexas e acompanham a escrituração da companhia. O próprio fiscal afirma que havia registro do ágio desde o primeiro momento e afirma, ainda, que havia um estudo que consubstanciava o preço de compra*”.

Referido estudo foi juntado aos autos (fls. 2194/2216). Trata-se, porém, de documento apócrifo e não datado, composto por demonstrativos gerenciais, alguns inclusive em inglês, com aparentes projeções de resultados futuros. Todavia, não há qualquer citação acerca de critérios, de base de dados e da metodologia considerada para as simulações efetuadas.

O laudo oficial a ser considerado, para fins de justificação do sobrepreço em comento, é, com isso, aquele ao qual se reporta a Fiscalização, posto às fls. 2217/2239. Nele consta, especificamente, que os “*trabalhos consistiram na análise e revisão do estudo pré-aquisição preparado pelos compradores e das informações relevantes para a elaboração das projeções financeiras consolidadas (Demonstração de Resultado) da Listel (...)*”. De pronto, pois, já se evidencia que a posteridade do laudo não se deveu a qualquer irregularidade, uma vez que dito estudo serviu, precisamente, a corroborar os cálculos informais feitos pelas sociedades envolvidas. De mais a mais, as deduções sob glosa são, de qualquer modo, posteriores à data de elaboração deste laudo (28.08.2000).

O ponto nodal da controvérsia, contudo, não é esse. A falha central do trabalho impositivo repousa no fato de os argumentos fazendários, respeitantes a supostas inconsistências temporais dos laudos, serem inteiramente írritos. Assim é, naturalmente, porque a fundamentação econômica do ágio, vertida nas quantificadas expectativas de rentabilidade futura, não fora, de forma alguma, infirmada. A Fazenda, optando por abordar aspectos colaterais do procedimento de elaboração do demonstrativo contábil, quedou-se silente a respeito da própria existência da causa econômica do sobrepreço.

À guisa de conclusão, parece-nos, destarte, que todas a linha argumentativa construída pela i. autoridade lançadora teve por desiderato somente “camuflar” a incapacidade fazendária de atacar o âmago do estudo de rentabilidade futura que justifica o ágio. O apelo a aspectos circunstanciais da operação somente obnubila o cerne da discussão.

Ora, se a Fazenda não logrou instruir, minimamente, a acusação, mediante trabalho técnico-contábil que desconstituisse o fundamento econômico que subjaz ao sobrepreço glosado, impende sejam canceladas as autuações.

Ressalto, aliás, que é com grande consternação que verifico, dia após dia, que autuações similares a essa, focadas na glosa de amortizações de ágios, vem sendo efetivadas sem que o Fisco logre demonstrar a insustentabilidade da causa econômica que levou à majoração do custo de aquisição do investimento. Os fiscais têm, sim, centrado atenção em aspectos fáticos irrelevantes – como, por exemplo, a índole interna do ágio, ou a desobediência a determinadas formalidades do direito privado.

Isto posto, CONHEÇO do Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, cancelando as glosas relativas ao ágio amortizado.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2013.

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

Relator

Voto Vencedor

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:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

[...]

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. (negrejou-se)

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.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

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.

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, *montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real*. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos*.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, *infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64*. Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Por estas razões, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Conselheira