



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

Processo n° 19515.721085/2014-03
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.555 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2017
Matéria IRPJ – Operações societárias – Ágio interno
Recorrente CARVAJAL INFORMACAO LTDA. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

Ementa:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE. A criação da empresa veículo teve como objetivo o aproveitamento do ágio, Patente, portanto, a artificialidade da operação que teve como intuito a alocação do ágio gerado sem a participação de terceiro, visando exclusivamente a redução da tributação.

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa para o percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Milene de Araújo Macedo, Roberto Silva Junior, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Jose Eduardo Dornelas Souza, Flávio Franco Corrêa e Bianca Felicia Rothschild.

Relatório

Por bem resumir a lide, adoto o relatório contido no Acórdão nº 16-72.897 proferido pela 4ª Turma da DRJ/SPO (fls. 2/10):

Em nome de CARVAJAL INFORMAÇÃO LTDA, atual denominação social de LISTEL LISTAS TELEFÔNICAS LTDA., foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL, apurados pelo lucro real anual, no valor total de R\$ 8.243.027,50, com juros de mora calculados até setembro de 2014. Os tributos exigidos correspondem aos valores abaixo discriminados, sobre os quais ainda incidiram multa de ofício no percentual de 150% e juros de mora:

Auto de Infração	Valor (R\$)
IRPJ	2.058.177,90
CSLL	749.584,04

O lançamento de CSLL é reflexo do realizado para o IRPJ. Na “*Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)*” constante do Auto de Infração de IRPJ, o fiscal autuante relatou o seguinte:

001 – EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, conforme relatório fiscal em anexo.

[...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2009 e 31/12/2009

art. 3º da Lei nº 9.249/95

Arts. 247 e 250 do RIR/99

No Termo de Verificação Fiscal - TVF, às fls. 950/964, o auditor fiscal relatou o seguinte:

2. Considerando que para o esclarecimento e justificativa da exclusão dos ágios s/ investimento – MKV e APENINA, do Lucro Líquido do Exercício para fins de determinação do Lucro Real e da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o contribuinte se reportou ao Auto de Infração – processo administrativo nº 19515.005924/2009-77, anexando cópia, onde houve a fiscalização dos períodos de 2004 a 2008 no tocante à formação do exato mesmo ágio ora questionado (MKV / APENINA), e apresentou a documentação não tratada naquela fiscalização, é de se trazer a este procedimento fiscal todos os elementos e fundamentos constante desse PAF (Processo Administrativo Fiscal) como subsídio e fundamento para o fato apontado nesse ano calendário de 2009, a saber:

[...]

2.1 Conforme se verifica do subitem 1.7 acima, no ano calendário de 2009 o contribuinte procedeu a mesma natureza de exclusão a título de ágio sobre investimentos das incorporadoras MKV e APENINA, sujeitando-se ao lançamento de ofício da mesma forma e fundamento como acima descrito para os anos calendário de 2004 até 2008, sobre a base tributável abaixo:

[...]

3. MULTA DE OFICIO QUALIFICADA

3.1 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.

3.2 Como conseqüência das condutas descritas no parágrafo anterior foi elaborado o processo e representação fiscal para fins penais pelo PAF nº 19515.721089/2014- 83.

[...]

5. DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

a. BASE TRIBUTÁVEL: Foi apurado o montante de **R\$ 13.155.722,11**, correspondente ao valor excluído indevidamente do lucro líquido do período para fins de apuração do lucro real, conforme demonstrado no subitem 1.7 e 2.1, acima. Considerando a existência de prejuízos declarados no próprio período de apuração e de saldo de prejuízos de períodos anteriores, bem como da base de cálculo negativa da CSLL, os valores correspondentes foram objeto de compensação com o valor da matéria apurada;

No TVF foram transcritos os elementos e fundamentos que constaram do processo nº 19515.005924/2009-77, referente à autuação por exclusão indevida do lucro real nos anos calendários de 2004 a 2008, em face da formação do mesmo ágio ora questionado (MKV / APENINA). Em resumo, foi relatado o seguinte do apurado no referido processo:

- 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 17/03/99. Na 1ª alteração e consolidação do contrato social, de 01/06/99, retiram-se os dois sócios que iniciaram a empresa e o capital social foi aumentado de R\$ 100,00 para R\$ 96.778.950,00, dividido em 96.778.950 cotas. Os novos cotistas passaram a ser a AVERDIN HOLDINGS LTDA (AVERDIN), CNPJ nº 03.148.389/0001-05 com 96.778.949 cotas e a APENINA, com 1 cota;

- a empresa APENINA foi constituída em 14/05/99, como ALPINA PARTICIPAÇÕES LTDA. Na 1ª alteração e consolidação do contrato social, de 01/06/99, 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 07/08/98 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 14/05/99 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 01/06/99 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 01/06/99, 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 30/04/99 e registrado nos livros das respectivas empresas acionistas controladoras. O valor do ágio apurado em 30/04/99 foi de R\$ 169.079.000,00, sendo posteriormente ajustado para R\$ 160.932.000,00, em 31/03/2000;

- a fiscalização faz a seguinte observação: “*como o cálculo feito internamente, baseado no balanço da LISTEL em 30/04/99, 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 31/12/99 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 prevêm 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;

- os valores excluídos na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social e que foram tributados nos presentes autos de infração, são:

Ano Calendário	Valor Excluído
2004	13.155.722,04
2005	13.236.721,68
2006	13.155.722,04
2007	13.155.722,04
2008	13.155.722,04

Cientificada do lançamento em 02/10/2014, a contribuinte apresentou impugnação em 29/10/2014, na qual, em resumo, assim se manifestou:

- de fato, o ágio na APENINA e MKV decorreu do preço pago pela aquisição da LISTEL pelas mesmas. **“A referida operação foi tão significativa que foi objeto do Ato de Concentração nº 08012.005536/99-25 junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que demonstra a sua propriedade econômica”;**

- **“Conforme fica evidenciado, 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., que tinha sede na Avenida Juscelino Kubitschek, 50, 17º andar, em São Paulo/8P e era inscrita no CNPJ sob nº 00.277.138/0001-32 (M1), controlada pela Mediaone International Holdings, com sede na Cidade de Engelwood, no Estado do Colorado nos Estados Unidos da América, e da sua sócia Abril S.A. (Abril), empresa inscrita no CNPJ sob nº 44.597.052/0001-62”;

- em 1997, a LISTEL era editora oficial de 21 das 27 empresas de telecomunicações brasileiras. Desde essa época, o mercado de telefonia brasileiro foi privatizado e três operadoras de telefonia controlam a maioria desses mercados. A LISTEL tinha firmado um contrato para ser a editora oficial da Telefônica e estava em negociações com as outras duas operadoras;

- *“Na verdade, em 1997 a BellSouth já havia se interessado pelo negócio, tendo feito uma auditoria na Listel que se encerrou em 27 de setembro de 1997, entretanto, naquele momento as partes não conseguiram fechar o negócio. Posteriormente, a BellSouth realizou uma nova due diligence (auditoria) em 1999 que se concluiu em 09 de abril daquele ano. A equipe da due diligence foi composta por membros internos da compradora (BellSouth) e também de consultores externos da PricewaterhouseCoopers, Towers Penin e do escritório Machado Meye, Sendacz e Opice”;*

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

- **“Por intermédio da MKV, a BellSouth comprou a participação que a M1 tinha na Listel (49% das Ações Ordinárias e 100% das Ações Preferenciais). É importante ressaltar que, conforme informações obtidas pela compradora, a M1 pagou na época os valores decorrentes do ganho de capital resultantes dessa operação o que demonstra a sua essência econômica. Esse documento que faz parte dos arquivos da Receita e que deve ser solicitado e juntado aos autos nos termos do artigo 37 da Lei nº 9.784/99”;**

- **“Portanto, é 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 está errado porque a Averdin Holdings Ltda. (BellSouth) somente controlou a Listel porque adquiriu com ágio as participações da M1 e da Abril”;**

- **“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 substanciava o preço de compra. Inclusive no processo n.º 19515.005924/2009-77 essa questão já restou superada inclusive através do acórdão 16-25.548 da DRJ/SP1, [...]”;**

- “No presente caso, **QUAISQUER que fossem os mecanismos para adquirir da Abril e da MI a participação societária da Listel, teríamos como resultado o ágio na aquisição dessas participações**, o que demonstra que a forma não teve influência na geração do ágio — foi a aquisição da participação que outras empresas tinham na Listel por um valor maior que o Patrimônio Líquido dessa que gerou o ágio na Apenina e na MKV e tal aquisição foi feita para essas empresas de forma legítima e com substância econômica. Qualquer outra decorrência tributária das operação não é objeto do Auto de Infração.”;

- “Em 1º de junho 1999, a MKV adquiriu 49% das ações da Listel, detidas pela Mediaone Brasil Comércio e Participações Ltda, antiga US West Brasil Comércio e Participações Ltda, pelo preço de R\$ 96.778.850,00, enquanto que a Apenina adquiriu os restantes 51 % das ações da Listel, mediante subscrição de ações com ágio na Lispar, que à época era a detentora de 51 % das ações da Listel, pelo valor de R\$ 100.204.650,00”;

- “É importante ressaltar que este registro de ágio foi decorrente de uma compra de ações da Listel, adquiridas pela MKV **mediante pagamento em dinheiro para a Mediaone**. Ou seja, a apuração e registro do ágio, ao contrário do que é relatado no auto de infração, não ocorreu entre empresas do mesmo grupo.”;

- “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 4.502/64, c.c. § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96)”;

- “Uma leitura correta do laudo da Equity demonstra que esse laudo 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. 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 (fls. 8/10, 2º parágrafo, conforme citado acima) e afirma, ainda, que havia um estudo que consubstanciava o preço de compra”;

- “Quanto aos questionamentos formulados pela fiscalização no Termo de Verificação a Impugnante se vale dos mesmos argumentos antes expendidos, vejamos:

- 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?

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.

□ 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?

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. -

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

As empresas serviram para comprar o controle da Listel de cada um dos seus anteriores acionistas, a parcela da Abril por 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.”;

- “No presente caso, aonde o ágio decorre do preço pago não se aplica a IN 349. Assim podemos resumir os elementos contrapostos:

1) 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.

2) 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.

3) 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 não existem e não foram provadas pela fiscalização considerando que 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.

4) 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.”;

- “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 autuante deveria satisfazer, mas não o fez.”;

- “É importante ressaltar, quanto a isso, que é preciso **reconhecer a decadência** do direito de lançar porquanto o ágio glosado já fazia parte dos demonstrativos da autuada, conforme aponta a fiscalização, desde 2004, de modo que é a partir daquele momento que o prazo decadencial deve ser contado.”;

- “No mais, é entendimento do CARF que para que se caracterize ágio de si mesmo é necessário:

1. Inexistência de efetivo desembolso;

2. Inexistência de efetiva mudança de controle acionário. Nos casos de "ágio de si mesmo" a participação acionária é adquirida por outra empresa do mesmo grupo ou por interpostas pessoas;”

- concluindo, a Impugnante requer, “em sede preliminar, o provimento do presente recurso com o **cancelamento** do auto de infração ora discutido quer em decorrência **da decadência do direito da fazenda em lançar** e em razão da ilegalidade da autuação, a qual não se pautou pelos princípios que caracterizam o ato administrativo válido, tendo em vista a ausência de provas efetivas que

atestem as alegações presentes no auto de infração em questão, uma vez que a fiscalização e a conclusão do i. 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 material.”;

- “Caso não seja acolhida a preliminar arguida, requer o cancelamento do Auto de Infração em discussão, uma vez que a Autuada não incorreu na alegada 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.”;

- “Alternativamente, requer, na remotíssima hipótese de não acolhimento dos pedidos anteriores, a redução da multa aplicada, tendo em vista a inexistência de fraude e a impossibilidade de qualificação da multa.”;

- “Requer, ainda, seja juntado por parte da Administração Pública nesse processo a 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 n.º 9.784/99, tendo em vista que esse documento não pertence à impugnante, na qualidade de compradora, mas encontra-se nos arquivos da RFB.”

A DRJ, ao analisar a impugnação de fls 10/18, julgou improcedente a impugnação, mantendo integralmente os lançamentos de ofício do IRPJ e da CSLL..

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, no qual repisa os argumentos da Impugnação e contesta os motivos que levaram à DRJ a julgar seu pedido improcedente.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator

Primeiramente, impende registrar que o Recurso Voluntário é tempestivo, razão pela qual dele conheço.

DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

De início cumpre conceituar e esclarecer os principais aspectos do tratamento fiscal do ágio, bem como os requisitos para amortiza-lo. Conforme o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, o ágio é caracterizado pela diferença positiva entre o custo da aquisição e o valor do patrimônio líquido da adquirida no momento da aquisição

Portanto, o ágio é apurado pela pessoa jurídica que adquire participação societária em outra companhia, cujo o investimento é definido como relevante.

Nesse sentido, a adoção do método da equivalência patrimonial é obrigatória para a avaliação de investimentos relevantes, permanentes em sociedades consideradas como coligadas e controladas.

Com efeito, o conceito de controle societário na legislação fiscal encontra respaldo no art. 384 do RIR/99 para efeitos de determinação das situações nas quais determinadas participações societárias devem ser avaliadas pelo método da equivalência patrimonial.

Desse modo, o ágio será apurado com base na participação do percentual do capital social da empresa adquirida, constituindo-se pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido da companhia adquirida no momento da aquisição.

De acordo com o art. 385 do RIR/99, na aquisição de investimentos avaliados pelo método do patrimônio líquido (denominado método de equivalência patrimonial), o custo de aquisição deve ser segregado entre (i) o valor do patrimônio líquido do investimento no momento da aquisição, e (ii) o ágio ou deságio correspondente à diferença entre o valor pago de acordo com o item anterior e o custo de aquisição do investimento.

Ainda, o art. 383 do RIR/99 e o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77 dispõem que o ágio deve ter um fundamento econômico, e descreve os três tipos de fundamentos econômicos que têm efeitos para fins do aproveitamento fiscal, a saber:

- (i) valor de mercado dos ativos;
- (ii) expectativa de rentabilidade futura, ou
- (iii) intangíveis e outras razões econômicas.

Daí a importância do propósito comercial somado ao efetivo substrato econômico da transação para que o ágio gerado seja considerado uma despesa dedutível para fins fiscais.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 regulam o tratamento tributário e preceitua que o ágio registrado poderá ser amortizado para fins tributários pela companhia por um período não inferior a 60 meses. Confira-se:

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-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (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.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

Conforme o artigo 386 do RIR/99, é condição para o aproveitamento do ágio a incorporação entre a empresa investida e a empresa investidora. Após a incorporação, o ágio tendo por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida poderá ser aproveitado fiscalmente mediante amortização como despesa dedutível.

Importante notar que sua alocação deve ser suportada por documentação adequada, entendida como um laudo de avaliação que fundamente a futura amortização do ágio. A alocação é importante porque determina os critérios de amortização para fins contábeis, bem como as implicações fiscais relacionadas.

Além disso, o ágio é derivado de uma aquisição entre terceiros independentes, e não gerado em consequência de transação intragrupo, visto que não há a transferência da titularidade, isto é, no final da transação as empresas ainda estariam sob um controle comum.

Pois bem, o cerne da discussão encontra-se no registro do ágio, se assiste a Recorrente o direito à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio decorrente da incorporação da Apenina Participações MKV Holdings determinação do Lucro Real e da Base de Cálculo da Contribuição Social Sobre o Lucro.

A fiscalização glosou o ágio sob a justificativa deste ter sido gerado em circuito fechado, isto é, entre empresas do mesmo grupo, bem como constatado ter sido um negócio fictício. Nesse ponto, vale transcrever o trecho do Termo de verificação Fiscal que esclarece o entendimento adotado pelo agente fiscal:

A OPERAÇÃO QUE GEROU O ÁGIO NO INVESTIMENTO

Em 01/06/1999 a APENINA e a MKV adquiriram 100% do controle societário da LISTEL, antiga denominação da PUBLICAR. Foi apresentado laudo, datado de 28/08/2000, justificando o ágio na aquisição com base na rentabilidade futura do investimento.

Observou-se que nesta mesma data acima (01/06/1999) a AVERDIN assumiu o controle e aumentou o capital social da MKV e da APENINA, conforme histórico acima apresentado.

Portanto, de acordo com o acima exposto, constatou-se que 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, conforme cópia autenticada da ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada nesta data (fls. 287 a 297-PAF acima).

Em 31/12/2003 a LISTEL incorporou as investidoras APENINA e ALIENA PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ nº 02.668.434/0001-90, conforme cópia autenticada da 8ª alteração e consolidação do contrato social apresentada (fls. 321 a 350-PAF acima).

Apesar de o investimento da APENINA e da MKV na PUBLICAR ter ocorrido em 01/06/1999, o laudo que estipulou o valor do ágio apurado neste negócio foi elaborado apenas em 28/08/2000, em desacordo com o caput e o § 3º do art. 385 do RIR/99, abaixo transcrito:

(...)

Foi apresentado o estudo da capacidade de geração de rentabilidade futura da LISTEL LISTAS TELEFONICAS S.A. elaborado em 28/08/2000 pela EQUITY.

No segundo parágrafo (fls. 299 – PAF acima) o laudo afirma que:

*“Apesar do ágio pago na mencionada transação (a aquisição da Listel pela MKV e APENINA) estar suportado apenas por **um estudo interno**, elaborado pelos próprios compradores...” (grifou-se)*

Segundo este laudo a LISTEL foi integralmente comprado 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 da sociedade. O valor do ágio apurado em 30/04/99 foi R\$ 169.079.000,00. Este valor foi posteriormente ajustado para R\$ 160.932.000,00 em 31/03/2000 em decorrência de ajustes no preço final da transação, previstas no contrato de compra e venda. Em outro trecho do laudo destaca-se:

“A estimativa da rentabilidade futura consolidada da Listel foi feita considerando os resultados reais de maio de 1999 a julho de 2000 e os resultados projetados a partir de agosto de 2000, obtidos de projeções financeiras elaboradas com base em premissas definidas pela administração da sociedade, que após serem discutidas conosco, foram submetidas à aprovação da Listel.” (grifou-se)

*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 considerarmos as demonstrações de resultado e do lucro real das DIPJ 2000 e 2001? Na DIPJ 2000 (AC 1999) foi apurado como **resultado do período o prejuízo de R\$ 25.871.456,18** 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 a aquisição da LISTEL pelas empresas MKV e APENINA, a saber, de maio de 1999 a agosto de 2000.*

Além disso, a fiscalização observou que a aquisição da Listel pela Apenina e MKV não se revestiu das formalidades necessárias, o que resultou na invalidação do valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária. Vejamos:

Apresentados os livros diários da MKV e da APENINA (fls. 557 a 658 – PAF acima) constatou-se o seguinte: o ágio na aquisição do investimento foi contabilizado nos balanços de 31/12/99, registrados em 21/02/2002 no Cartório de Registro Civil – 1º Subdistrito, Santo André – SP, sob n.ºs 4272 e 4267, respectivamente. Os livros referentes ao ano calendário 2000 foram também registrados no mesmo cartório e na mesma data, sob os n.ºs 4273 e 4268, respectivamente. Finalmente, o livro Diário do ano calendário 2001 da APENINA foi registrado na mesma data sob o n.º 4274.

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

Constatou-se também que desde a sua composição, a única atividade econômica realizada por estas empresas (APENINA e MKV) foi a participação na PUBLICAR, conforme cópias dos livros Diário destas empresas acostadas ao processo (fls. 558 a 658 – PAF acima).

A conjunção dos fatos acima levou a concluir que o negócio foi fictício, montado apenas para gerar uma vultuosa exclusão do Lucro Real.

Na sequência a DRJ sintetizou às as operações que deram origem ao ágio interno, conforme excerto a seguir:

No presente caso, as operações realizadas, num curto espaço de tempo, se assemelham muito ao modus operandi acima narrado,

sendo a Averdin Holdings Ltda, constituída em 14/05/99, com a única finalidade de aportar recursos, em 01/06/99, nas empresas veículo MKV e APENINA, constituídas, respectivamente, em 17/03/99 e 14/05/99, apenas para adquirir, com ágio, em 01/06/99, a LISTEL, empresa alvo. Tais operações não tinham qualquer propósito negocial a não ser a dedução do lucro real.

A impugnante, em resumo, argumentou que ocorreu o efetivo pagamento do ágio, bem como que não se trata de ágio interno, pois a transação negocial 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.

Entretanto, as operações sob exame já foram amplamente analisadas pelas duas instâncias de julgamento administrativo, nos autos do processo nº 19515.005924/2009-77, as quais mantiveram integralmente o lançamento de ofício. Mesmo após a ciência das decisões administrativas no processo supracitado, a impugnante não conseguiu aduzir neste processo razões de fato e de direito que pudessem ensejar a adoção de entendimento diverso do adotado naquele processo.

Adicionalmente, a DRJ trouxe as razões de decidir do voto condutor do Acórdão 16-25.548, da DRJ/SP1, o qual já se manifestou sobre as operações em comento. Nesse oportuno transcrevê-lo:

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

12. 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.

13. 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.

14. 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”**.

15. Uma operação estruturada como esta indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

16. 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.

17. Outro ponto que chama a atenção é o fato da controlada incorporar a controladora. Reproduzo o apresentado no acórdão nº 12-12.985, da 4ª Turma/DRJ/RJOI, que se aplica ao presente caso, inclusive quanto à empresa veículo:

Operações invertidas

Segundo o Prof. Greco, os institutos jurídicos são desenhados para regular situações que, na vida comum em sociedade, se apresentam como o que freqüentemente ocorre, levando em consideração as características e qualidades dos respectivos participantes.

Num grupo societário em que uma pessoa jurídica controle outra, caso haja necessidade de reunião de ambas num único empreendimento o caminho que a experiência aponta como natural é a controladora incorporar sua controlada e não o inverso (incorporação às avessas).

A legislação reconhece esta figura de caráter inverso (controlada incorporando a controladora), como o artigo 264 da Lei das Sociedades Anônimas que apresenta regras de avaliação para essa hipótese, mas isto não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, pois esta operação inversa pode, eventualmente, estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto em fraude à lei (talvez não à lei societária que regula a incorporação, mas à lei tributária ou outra lei relevante aplicável ao caso concreto).

A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso.

Uso de sociedades

Outra questão importante mencionada pelo Prof. Greco envolve o uso de sociedades. Neste sentido, o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que, de acordo com o Prof. Greco, corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. O próprio Código Civil dá a definição de empresa, no “caput” do artigo 966, ao dispor: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Algumas situações, aplicáveis ao caso concreto, mencionadas pelo Prof. Greco, podem se apresentar quanto ao uso de sociedades e que merecem especial atenção, a saber:

1) empresas de passagem

Empresa de passagem é uma pessoa jurídica criada apenas para servir como 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 transitar um patrimônio ou um determinado recurso.

2) sociedades efêmeras

Sociedades efêmeras ou de curta duração são aquelas que nascem para morrer ou para serem extintas tão logo cumpram seu papel em determinada operação.

O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação na operação. Podem existir razões suficientes que levem à extinção imediata da pessoa jurídica ou mesmo à sua constituição de manhã e à sua extinção à tarde, por exemplo, se algum fato externo vier a justificar tal operação. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Por que foi criada e extinta naquele dia ou em tão pouco tempo? Por vezes, dentro de um planejamento a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio, como diz o Prof. Greco; feito isto, pode desaparecer.

18. Cabe também, abordar o aspecto do ágio, conforme, também, o entendimento do Prof. Greco, a saber:

Por vezes, quando uma pessoa jurídica adquire determinada participação societária o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor de patrimônio líquido.

Ocorre que, em um momento posterior à aquisição é feita uma incorporação às avessas que gera uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição da participação societária. O ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada à qual ele se reporta. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um “ágio de si mesmo”, o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feito.

[...]

21. Examinando, portanto, a operações realizadas, e em discussão no presente processo, fica claro que foram engendradas somente para aproveitar o benefício fiscal previsto na lei.

22. As empresas mesmo não sendo estatais, como é o caso da Publicar, passaram a tentar se aproveitar deste benefício criando várias formas como a empresa veículo, para no final reduzir indevidamente os tributos devidos. Conseqüentemente, deve ser mantida a glosa realizada pela fiscalização, relativa a amortização do ágio.

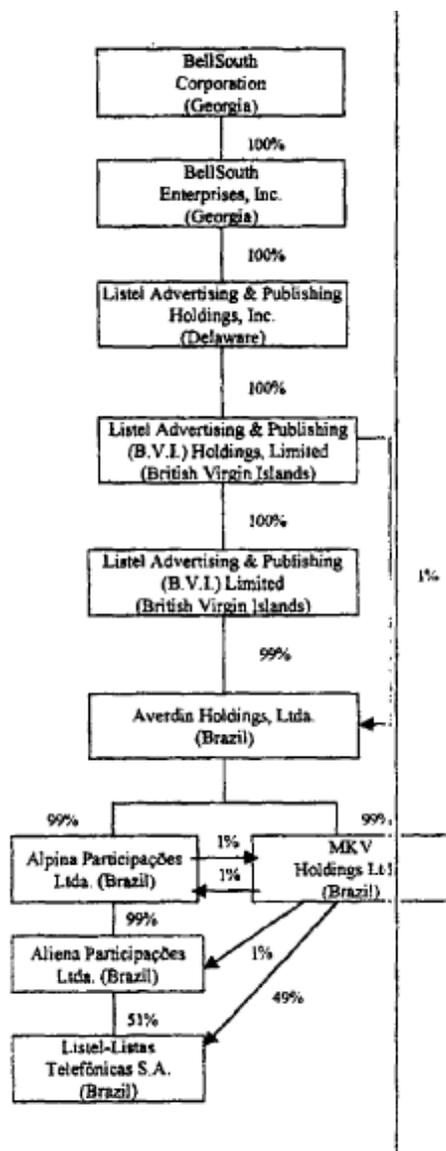
23. Quanto ao requerido para que seja juntada a guia de pagamento do tributo sobre o ganho de capital decorrente da venda com ágio das quotas que a Mediaone possuía na Listel, não existe a necessidade de anexar tal documento, pois, não influirá na presente decisão.

24. Com relação aos questionamentos levantados pela fiscalização com relação ao laudo emitido pela Equity, as informações prestadas pela Impugnante esclarecem os pontos levantados.

Nessa esteira, a decisão concluiu que os negócios jurídicos foram fictícios, visando se enquadrar na hipótese legal da norma de amortização do ágio, devendo, portanto, ser mantida glosa das quantias amortizadas pela Recorrente a título de ágio.

Concordo com a decisão da DRJ.

Primeiramente cumpre verificar o organograma da sociedade em 01/06/99, antes da operação que gerou o ágio.

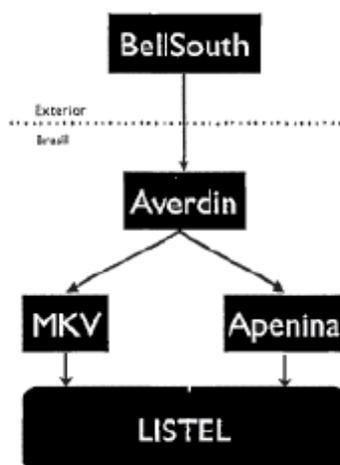


Note que nesse momento a Averdin Holding detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da Listel, conforme apontou o TVF às fls. 955, inclusive o agente fiscal juntou a tela da Receita Federal. Outrossim, é possível verificar a prova da composição societária, por meio das fls. 488 a 495.

Importante ressaltar que em momento algum do processo, isto é, nem na peça impugnatória, nem no Recurso Voluntário foi descrita tal composição societária. A Recorrente não produziu prova em contrário, sendo este item do TVF incontroverso.

Tal passagem é admitida pela Recorrente no processo administrativo nº 1915.005.924/2009-77, em que também se discute o ágio em tela. No referido processo a contribuinte chega admitir este fato, porém rebate alegando que não acha justo que por conta disso o ágio não seria legítimo de dedução.

Adiante, vejamos como ficou a estrutura resultante da operação:



Note que a MKV e a APENINA adquiriram integralmente o controle acionário da LISTEL. Nesse momento, a AVERDIN assumiu o controle e aumentou o capital social da MKV e da APENINA.

Desse modo, entende-se que a APENINA e a MKV atuaram como empresas veículos, não se revestindo das formalidades necessária, o que acabou por invalidar o valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária.

Portanto, a LISTEL foi integralmente comprada pela MKV e APENINA, e o valor do ágio foi apurado com base no patrimônio da LISTEL e registrado com base nos livros das respectivas empresas acionistas controladoras da sociedade.

Assim, constatou-se que a operação ocorreu num contexto interno, isto é, entre empresas do mesmo grupo (TVF- fls 955/961)

Vale ressaltar, por oportuno, que o ato de concentração (fls. 1244) há apenas uma descrição breve da operação ocorrida, que aliais é realizada em apenas um parágrafo e, portanto, claro está que o foco do ato de concentração não é a operação societária ocorrida, mas sim as razões mercadológicas da operação.

Outro fato é que em momento algum, no referido ato, há menção da Holding Averdin. Aqui cabe mencionar que foi esta empresa quem recebeu os recursos e os distribuiu em outras duas empresas veículos (MKV e Apeninda). O fato da Averdin não constar na descrição da operação sugere uma estranheza.

Outrossim, a título argumentativo, a operação se revela como uma venda que ocorreu no exterior e as partes, após perceberem que o ágio poderia ser aproveitado no Brasil, constituíram a empresa Listel Holding no paraíso fiscal das ilhas virgens britânicas e, após isso, já com o dinheiro da venda (fruto da operação) resolveram abrir uma holding no Brasil, a Averdin, que viria a capitalizar outras duas empresas veículo. Talvez seria a razão da Averdin não constar no ato de concentração, na parte em que se descreve a operação, nem esta, nem a Listel BVI.

Este colegiado já se manifestou sobre essa questão, conforme Acórdão nº 1101000.889:

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.

Patente a artificialidade da operação que teve como intuito a alocação do ágio gerado por meio do emprego de empresa veículo, visando exclusivamente a redução da tributação.

Desse modo, pela análise dos elementos fáticos da transação, constata-se que a transação não foi revestida de propósito comercial, tendo o objetivo meramente fiscal, por meio de uma transferência artificial, criando uma despesa de amortização de ágio para fins fiscais.

Assim, resta prejudicado o ágio originado na operação em comento, mantendo-se a autuação fiscal.

DA MULTA QUALIFICADA DE 150%

Em função das infrações cometidas, a fiscalização aplicou a multa de ofício qualificada de 150%, nos termos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 c/c o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de

pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Todavia, a Recorrente entende que não faz jus à multa de 150% sobre o crédito tributário, uma vez que não restou comprovado a ação dolosa e o intuito de fraude em sua conduta.

Entendo, contudo, que não restou caracterizada as hipóteses de fraude, dolo ou simulação pelo contribuinte à medida que não há prova ou elementos contundentes trazidos pelo agente fiscal que evidenciasse a prática dolosa em seus atos praticados

De plano, pois, afasto a possibilidade de sonegação fraude ou conluio, pois tais práticas pressupõe dolo, nos termos dos arts. 70 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Ora, inobstante a intenção da contribuinte em obter ganhos e economia com a amortização do ágio, não se pode presumir dolo nos atos praticado do Contribuinte quando das operações societárias.

Logo, ainda que a contribuinte possa ter realizado algum procedimento que se considere doloso, certamente não pode ser considerado uma conduta que *"demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe em agravar as suas conseqüências ou em retardar o seu conhecimento pela autoridade fazendária"*, conforme o artigo 68 da Lei nº 4.502/64.

Em face do exposto, entendo que a qualificação da multa de ofício não restou justificada tampouco comprovada, devendo ser reduzida para 75%.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de dar-lhe PARCIAL provimento ao Recurso Voluntário para reduzir a multa qualificada de 150% para 75%, mantendo-se o lançamento fiscal.

É como voto

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Processo nº 19515.721085/2014-03
Acórdão n.º **1301-002.555**

S1-C3T1
Fl. 2.711
