



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720129/2018-50
ACÓRDÃO	1402-007.237 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	18 de fevereiro de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	TELEFONICA BRASIL S.A FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

O decidido para o lançamento de IRPJ se estende ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual em face de determinação legal. Ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

FRAUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. AFASTAMENTO DE MULTA QUALIFICADA.

Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos. Não comprovada nos autos a conduta dolosa do sujeito passivo, configurando fraude, não é aplicável a multa de ofício no percentual qualificado

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 108 Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação, i.i.) à infração glosa de valores compensados: i.ii)

à infração dedutibilidade das despesas de amortização de ágio na apuração da CSLL; i.iii) à insurgência contra a aplicação dos juros sobre a multa de ofício. Inteligência da Súmula CARF nº 108; ii) por maioria de votos, ii.i) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à infração dedução de despesas de Juros sobre o Capital Próprio (JCP), tendo em vista a majoração de sua base de cálculo ocasionada pela contabilização de ágio glosado pela Autoridade Fiscal e com decisão definitiva na esfera administrativa, vencidos o Relator e a Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte em que vencido o Relator, o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone; ii.ii) dar provimento ao recurso voluntário unicamente em relação à multa de ofício aplicada, reduzindo-a a 75%, vencido o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone que mantinha a qualificação. Os Conselheiros Alexandre Labrudi Catunda e Alessandro Bruno de Macêdo Pinto acompanharam o Relator pelas conclusões.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Alexandre Labrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 14/12/2018, de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 1073/1084) no valor total de R\$ 4.015.853.842,53, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL no valor total de R\$ 1.357.432.428,76 (fls. 1085/1094), foram lavrados contra o sujeito passivo, Telefônica Brasil S.A., em função de excesso de Juros sobre Capital Próprio; de valores não amortizáveis relativos ao aproveitamento fiscal dos encargos de amortização de ágio interno; de seus reflexos em CSLL; e de Prejuízo fiscal e Base negativa compensados indevidamente. Houve exigência da Multa de Ofício no percentual de 150%.

O Auto de Infração foi cancelado por essa Turma Ordinária, mas foi revisto pela CSRF no aspecto do ágio, retornando para julgamento da questão da JCP e da multa.

Ato contínuo, a Fazenda Nacional, inconformada com a decisão proferida por essa Segunda Turma Ordinária, Quarta Câmara, da Primeira Seção de Julgamento, por meio do Acórdão nº 1402-006.078, de 21 de setembro de 2022, interpôs Recurso Especial de divergência (fls. 1.862-1.899) com julgado de outro colegiado, relativamente ao tema: “impossibilidade de dedução das despesas com amortização de ágio interno, com operação de incorporação de ações e existência de acionistas minoritários”.

Portanto, trata-se de Auto de Infração no qual a fiscalização alega que, nos anos calendários de 2013 e 2014, a contribuinte, cometeu as seguintes infrações:

- a) Amortização indevida de ágio relativa ao IRPJ e CSLL;
- b) Glosa dos Juros sobre Capital Próprio como reflexo da glosa relativa à amortização do ágio.
- c) Exclusão do prejuízo fiscal operacional relativo ao exercício de 2014, uma vez que o prejuízo fiscal auferido no ano-calendário de 2013 teria sido integralmente consumido pelas infrações apuradas no trabalho fiscal.
- d) Cenário de multa qualificada de 150%.

Em 27 de outubro de 2014, foi aberto procedimento de fiscalização o qual apurou os efeitos tributários da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A) ocorrida em 27/04/2011.

A fiscalização concluiu pela inexistência de ágio amortizável decorrente da citada operação de incorporação de ações e glosou para fins fiscais as amortizações contabilizadas pela impugnante. Tal glosa, no entendimento da fiscalização, refletiu no cálculo dos Juros sobre Capital próprio e no aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 1013/1067, a situação fática que deu origem ao lançamento foi a seguinte:

O procedimento fiscal sobre a empresa Telefônica Brasil S/A (doravante referido também pela sua denominação social anterior Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, ou simplesmente como sujeito passivo), CNPJ nº 02.558.157/0001-62, teve início em 14/03/2018, com a ciência ao sujeito passivo do Termo de Início do Procedimento Fiscal (Doc. 01), e foi distribuído por meio do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização - TDPF-F nº 0818500 2018 00026-5, de 07 de março de 2018, o qual tem por objeto o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e seus reflexos, referentes ao período de 01/01/2013 a 31/12/2014.

*Durante os trabalhos de auditoria quanto ao objeto do aludido TDPF-F nº 0818500 2018 00026-5, **consultamos e utilizamos alguns documentos extraídos dos Processos Administrativos Fiscais - PAF nº 16561.720225/2016-36 e nº 16561.720128/2017-24** - os quais instruíram autos de infração lavrados em procedimento fiscal anterior, cujo objeto abrangia os anos-calendário de 2011 e 2012 -, bem como extraímos e consultamos os arquivos da Escrituração Contábil Digital (ECD) e da Escrituração Contábil Fiscal (ECF) do sujeito passivo, mantidos no repositório do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).*

(...)

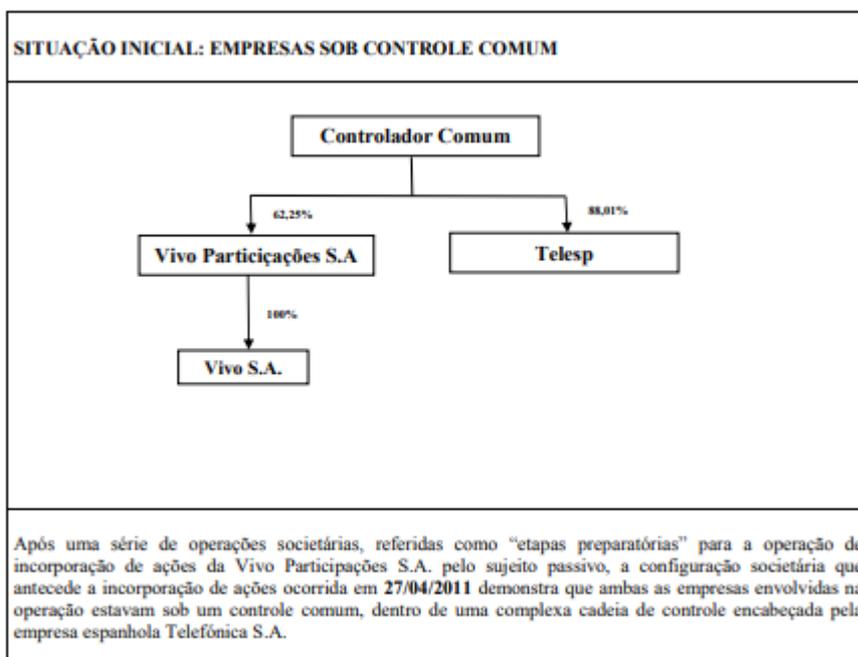
O sujeito passivo foi constituído em 19/11/1998, originalmente sob a denominação social de Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, posteriormente alterado para a atual Telefônica Brasil S/A, em 03/10/2011, conforme ata da 34ª AGE realizada na referida data (Doc. 04). De acordo com o artigo 2º de seu Estatuto Social consolidado em 12/03/2015 (Doc. 05), o sujeito passivo tem por objeto social, dentre outras atividades, a exploração de serviços de telecomunicações, o desenvolvimento das atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas, bem como a constituição de subsidiárias integrais e a participação no capital de outras empresas. Com o capital social de R\$ 37.798.109.745,03 em 31/12/2013 – bastante pulverizado, por se tratar de sociedade anônima de capital aberto - o sujeito passivo tinha à época como principais os acionistas relacionados a seguir, conforme informou na Ficha 60 da sua DIPJ 2014, ano-calendário de 2013 (Doc. 39)

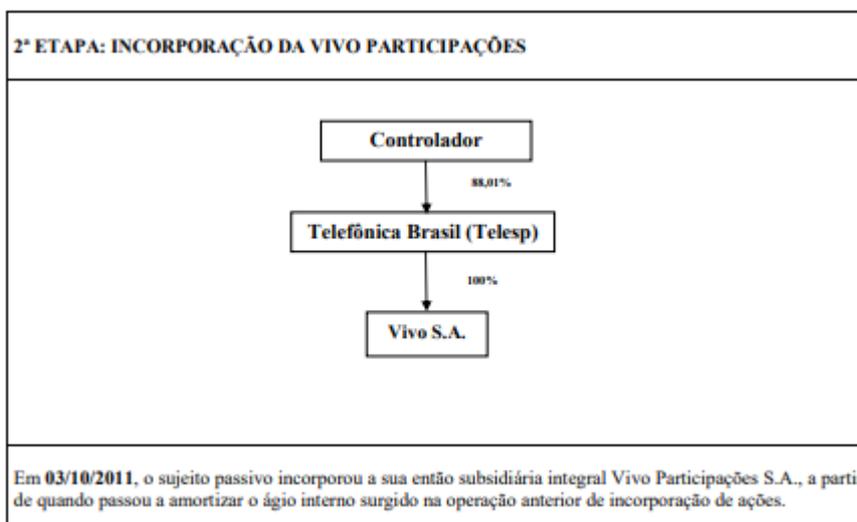
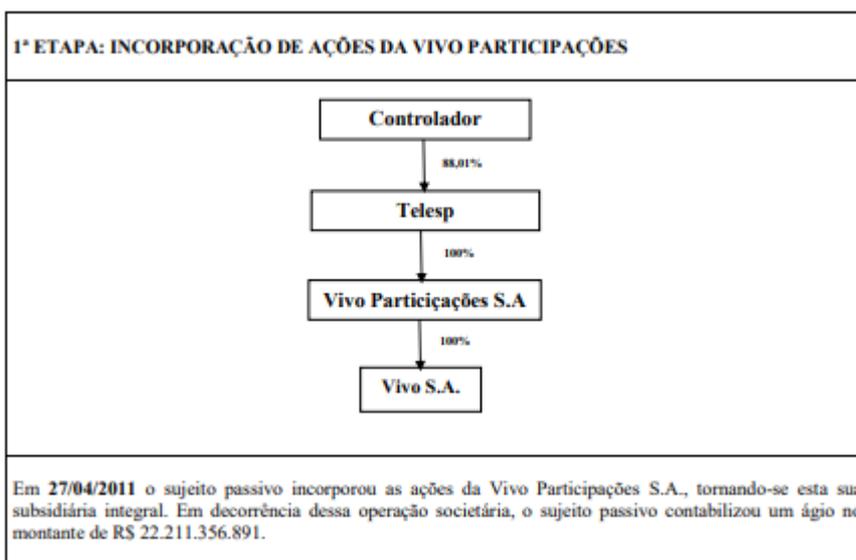
Sócio	Percentual s/ Capital
TELEFÔNICA INTERNACIONAL S/A	29,37%
TELEFÔNICA S/A	24,68%
SP TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES LTDA	19,69%
NORGES BANK	0,41%
VANGUARD EMERGING MARKETS STOCK INDEX FUND	0,33%

3. SÍNTESE DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DE INTERESSE E DA INFRAÇÃO FISCAL APONTADA

*O presente Termo de Verificação Fiscal tem por objeto relatar o surgimento do **ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, oriundo da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, CNPJ nº 02.558.074/0001-73, pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A) ocorrida em 27/04/2011, bem como demonstrar que as amortizações desse ágio - tributariamente aproveitadas a partir da extinção da Vivo Participações S/A em face de sua incorporação pela Telefônica Brasil S/A em 03/10/2011 – teriam reduzido ilegalmente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL deste sujeito passivo.*

Nos quadros seguintes - apenas para fins de prover referências e assim facilitar a compreensão -, isolamos e retratamos esquemática e sinteticamente, a sequência de eventos societários que deram causa ao surgimento do ágio interno e que teriam feito preencher os requisitos legais para o aproveitamento fiscal de sua amortização, no entendimento do sujeito passivo. Observe-se que as operações aqui retratadas e simplificadas ao extremo serão melhor detalhadas no decorrer deste relatório fiscal.





4. DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

Feita a descrição esquemática das “reorganizações societárias”, a qual servirá de referência para facilitar a visualização e compreensão da seqüência de eventos societários, passamos ao detalhamento da cronologia e características das operações societárias que ensejaram o surgimento do ágio interno e o ilegítimo aproveitamento dos efeitos fiscais, na apuração do IRPJ e CSLL, decorrentes dos reconhecimentos indevidos desse ágio na contabilidade e dos ajustes nos livros fiscais do sujeito passivo, referentes a sua amortização.

4.1 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES

De acordo com o Protocolo de Incorporação de Ações da Vivo Participações S/A pela Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP e Instrumento de Justificação (Doc. 06), datado de 25/03/2011, e com o Fato Relevante (Doc. 07) divulgado ao mercado nessa mesma data pelas aludidas empresas, as partes interessadas acordaram nos termos e condições da operação de incorporação da totalidade das ações da Vivo Participações

S/A ao patrimônio do sujeito passivo (à época sob a razão social de Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP).

A Ata da 32ª Assembleia Geral Extraordinária da TELESP (Doc. 08), realizada em 27/04/2011, bem como a Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Vivo Participações S/A (Doc. 09), também realizada em 27/04/2011, registram a decisão de se proceder à operação de incorporação de ações da Vivo Participações pelo sujeito passivo, com a aprovação do aludido Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, bem como dos laudos de avaliação que fundamentaram os valores das empresas envolvidas na transação.

No momento em que teve suas ações incorporadas pelo sujeito passivo, a Vivo Participações S/A detinha participação societária de 100% no capital social da operadora Vivo S/A, de modo que, concluído o evento societário que teve por objetivo unificar a base acionária da Vivo Participações S/A e da Telefônica Brasil S/A, esta passou a deter a totalidade das ações da Vivo Participações S/A e, conseqüentemente, o controle indireto e integral da Vivo S/A.

De acordo com o item 2.2 do Fato Relevante (Doc. 07), a incorporação de ações não provocou alterações na quantidade e na composição por espécie das ações da Vivo Participações S/A que passaram a ser detidas pelo sujeito passivo. Como contrapartida, os acionistas titulares de ações ordinárias e preferenciais da Vivo Participações S/A, incorporadas ao patrimônio do sujeito passivo, receberam novas ações da mesma espécie (ordinárias ou preferenciais) emitidas pela incorporadora (sujeito passivo) em favor dos respectivos titulares.

Com a incorporação das ações da Vivo Participações S/A, o capital social do sujeito passivo, à época Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, passou de R\$ 6.575.479.854,14 para R\$ 37.798.109.745,03, mediante lançamentos contábeis a débito de uma conta de investimento (R\$ 9.011.273.028,79), referente ao patrimônio líquido de Vivo Participações S/A, a débito de uma conta de ágio (R\$ 22.211.356.862,10) e a crédito de capital social (R\$ 31.222.629.890,89).

O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 10) que fundamentou o ágio reconhecido contabilmente no sujeito passivo, datado de 25/03/2011, foi elaborado pela Planconsult com base no método de fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, o qual concluiu que o valor econômico das ações da empresa avaliada seria de R\$ 31.222.629.890,89.

O item 4 do aludido laudo de avaliação observa que:

“4. PREMISSAS ADOTADAS PARA O FLUXO DE CAIXA As informações utilizadas na presente avaliação da VIVO PART tiveram como principal origem os balanços analíticos dos exercícios de 2009 a 2010 e projeções estratégicas, complementadas com outras, tais como, investimentos, endividamento, impostos, despesas administrativas, despesas comerciais e previsão de evolução, todas elas fornecidas pelos administradores da VIVO PART.” (grifo nosso)

Portanto, as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas fornecidas pela sua própria administração, mas não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas, considerando que a empresa avaliada era controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador do sujeito passivo, incorporador das ações da Vivo Participações S/A, como veremos mais adiante.

4.2 EXTINÇÃO DA VIVO PARTICIPAÇÕES, INCORPORADA PELO SUJEITO PASSIVO

Em 03/10/2011, decorridos em torno de seis meses da incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo - evento descrito no subitem anterior -, foi aprovada a incorporação daquela subsidiária integral por esta sua controladora, bem como os termos, condições gerais da operação e justificativas contidos no Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, elaborado para apresentar os detalhes deste evento societário, conforme se depreende da Ata da 34ª Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 03 de outubro de 2011 (Doc. 04), na sede social do sujeito passivo.

O Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Vivo Participações S/A e Telecomunicações de São Paulo S/A (Doc. 11), de que trata a ata acima referida, apresenta as seguintes justificativas ao evento de incorporação:

(...)

Somente a partir da incorporação da empresa Vivo Participações S/A, em 03/10/2011, o sujeito passivo passou a aproveitar tributariamente a amortização do ágio oriundo da operação anterior de incorporação de ações dessa empresa, nesse momento extinta, cuja apuração e reconhecimento contábil serão detalhados a seguir.

5. DO ÁGIO SURGIDO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES PELO SUJEITO PASSIVO

As Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da Telefônica Brasil S/A (Doc. 12) - notadamente o item 4 que trata da aquisição da Vivo Participações S/A -, referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2011 e de 2010, fazem menção às reuniões dos Conselhos de Administração da Vivo Participações S/A e da Telefônica Brasil, realizadas em 27/12/2010, em que se aprovaram a operação de incorporação de ações da Vivo Participações pelo sujeito passivo.

Nessas mesmas reuniões, foram deliberadas a constituição de comitês especiais independentes nas duas empresas, bem como a definição de seus poderes e atribuições para estudar e negociar a relação de substituição de ações na aludida operação de incorporação de ações, conforme Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Vivo participações S/A (Doc. 13) e Ata da 186ª Reunião do Conselho de Administração da Telesp (Doc. 14), ambas realizadas em 27/12/2010.

No exercício dessas incumbências, o comitê independente da Vivo Participações indicou a Signatura Lazard Assessoria Financeira Ltda e o comitê independente da Telefônica

Brasil indicou o Banco Santander (Brasil) S/A para atuarem como seus assessores financeiros na operação.

A empresa Planconsult Planejamento e Consultoria Ltda., CNPJ nº 51.163.748/0001-23, foi contratada pelas diretorias da Vivo Participações e da Telefônica Brasil para efetuar a avaliação dos patrimônios de ambas as empresas a preço de mercado, bem como avaliar as ações da Vivo Participações para fins de determinação do aumento de capital do sujeito passivo, decisão esta ratificada na deliberação 6.1 da Ata da 32ª Assembleia Geral Extraordinária da Telesp (Doc. 08), realizada em 27/04/2011, e na deliberação 6.4 da Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Vivo Participações S/A (Doc. 09), realizada na mesma data. Assim, segundo o Laudo de Avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 10), elaborado pela Planconsult, o valor econômico da empresa avaliada com base no método do fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, era de R\$ 31.222.629.890,89.

Empresa: Vivo Participações S/A	
Valor total da empresa (R\$)	31.222.629.890,89
Quantidade de ações	399.590.102
Valor por ação (R\$)	78,14

Instada a demonstrar, no âmbito do procedimento fiscal encerrado e formalizado sob o PAF nº 16561.720128/2017-24, a apuração do ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, bem como a apresentar o balanço patrimonial que serviu de referência para o cálculo desse ágio, o sujeito passivo apresentou um arquivo em formato Excel contendo um conjunto de planilhas (Doc. 15), dentre as quais o balancete da Vivo Participações do trimestre encerrado em 31/03/2011 na aba “Doc A”, e a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido da Vivo Participações (Doc. 16), referente ao mesmo período, os quais demonstram que o patrimônio líquido era de R\$ 9.011.273.028,79 na data adotada como referência. A partir desses dados, o ágio apurado na operação foi assim demonstrado:

Apuração do ágio	R\$
Valor Econômico da Vivo Part. S/A (A)	31.222.629.890,89
Valor patrimonial (B)	9.011.273.028,79
Ágio na incorporação de ações (A - B)	22.211.356.862,10

Conforme esclarece o sujeito passivo na planilha “Aba 4” do aludido arquivo em formato Excel, o reconhecimento contábil da operação de incorporação de ações ocorrida em 27/04/2011 foi feito mediante os seguintes lançamentos contábeis:

Conta	Lançamento	Valor
14111140	D - Investimento VPAR - Patrimônio Líquido Ajustado	9.011.273.000
14111214	D - Ágio	22.211.356.891
25111000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (ON)	(10.725.753.775)
25112000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (PN)	(20.496.876.116)

A partir desses lançamentos contábeis é possível concluir que não houve qualquer sacrifício financeiro (pagamento), e nem mesmo econômico - como veremos adiante -, no evento societário que originou o ágio acima destacado, e seu surgimento nos livros contábeis somente ocorreu em face do sujeito passivo ter incorporado as ações da Vivo Participações S/A pelo seu valor subjetivamente avaliado, a partir de premissas fornecidas pela administração da própria empresa avaliada, segundo algum critério que teria aferido seu potencial de lucratividade futura, numa operação “não caixa” que não envolveu qualquer desembolso entre as empresas transacionadas, submetidas a um mesmo controlador comum, que também será melhor detalhado adiante.

O sujeito passivo esclarece ainda que promoveu uma alocação desse ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. aos ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos, sendo que somente a parcela remanescente desse montante após as alocações permaneceu registrada como goodwill, buscando-se, com esse procedimento, conforme resposta do sujeito passivo (Doc. 03) ao Termo de Intimação nº 5 do PAF nº 16561.720128/2017-24, a convergência aos padrões internacionais de contabilidade (IFRS) preconizada pela Lei nº 11.638/07. A alocação do ágio entre mais valia e goodwill foi demonstrada na “Aba 01” do aludido arquivo em formato Excel, conforme reproduzimos abaixo:

Ágio	22.211.356.891
Alocação	
Licença	12.876.000.000
Marca	1.642.000.000
Carteira de clientes	2.042.000.000
Contingências	- 283.328.000
Goodwill	5.934.684.862
Total	22.211.356.891

Curioso observar que o sujeito passivo promoveu essas alocações do ágio entre mais valia e goodwill em 30/06/2011, mediante lançamentos contábeis na Conta 14111214 – Vivo Participações (Doc. 17), revertidas com lançamentos de estorno no dia seguinte, em 01/07/2011, mesmo porque, pelo Princípio Contábil da Entidade, os ditos ativos identificáveis e passivos assumidos pertenciam à sua subsidiária integral Vivo Participações S.A., e não ao sujeito passivo, pelo menos até que o investimento fosse extinto por incorporação pela investidora. Dessa forma, entendendo que não preenchia os requisitos legais para o aproveitamento tributário, as amortizações do ágio registradas contabilmente até 30/09/2011, na Conta 14111214 – Vivo Participações, foram lançadas em contrapartida da Conta 31982420 – Equivalência Patrimonial, de modo a não gerar efeitos na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Somente com a incorporação da Vivo Participações S.A. em 03/10/2011, o sujeito passivo procedeu em definitivo a alocação do ágio aos ativos e passivos recebidos da então extinta subsidiária integral, conforme se verifica dos lançamentos contábeis registrados em 31/10/2011 na referida Conta 14111214 – Vivo Participações (Doc. 17),

porém em valores já descontados das amortizações reconhecidas contabilmente até 30/09/2011, a partir de quando passou a aproveitar tributariamente as amortizações desse ágio.

Alocação	
Licença	12.644.000.000,00
Marca	1.599.897.435,89
Carteira de clientes	1.917.716.871,35
Contingências	- 269.965.932,09
Goodwill	5.934.684.862,00

5.1 DA NATUREZA INTRAGRUPO DO ÁGIO GERADO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Para a caracterização da natureza intragrupo do ágio gerado na operação de incorporação das ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo é necessário que se examine a evolução da estrutura societária em que aludidas empresas faziam parte.

A Vivo Participações S/A era controlada pela Brasilcel N.V., sociedade com sede na Holanda, que por sua vez era detida na proporção de 50% pela Telefónica S/A, sociedade com sede em Madri, Espanha, e 50% pela Portugal Telecom SG SGPS, S.A., sociedade com sede em Lisboa, Portugal.

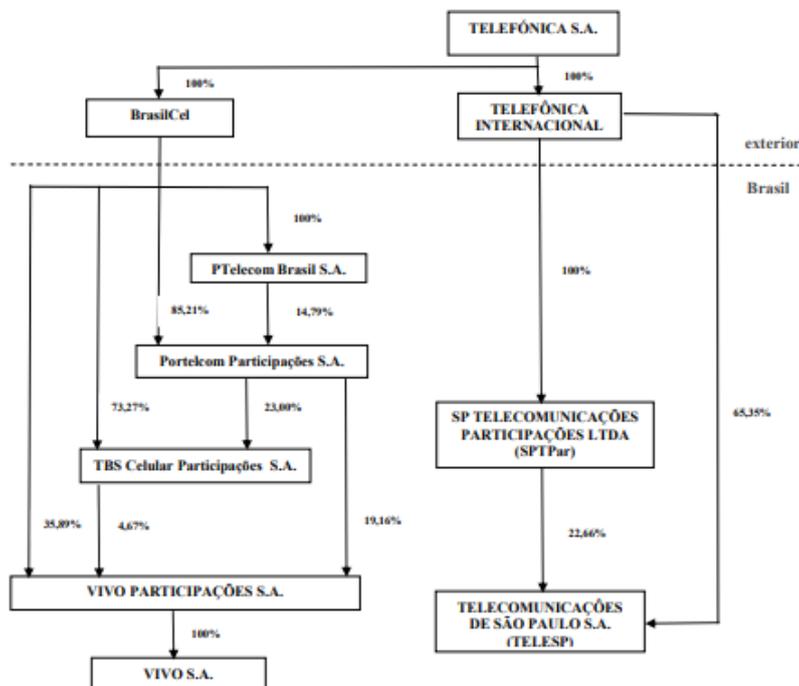
A empresa sediada na Holanda, Brasilcel N.V., era, portanto, uma empresa holding que, desde 2001, serviu de veículo para a realização de uma joint venture entre o grupo espanhol Telefónica e o grupo português Portugal Telecom para deter as ações e exercer o controle conjunto de companhias operadoras de telefonia celular no Brasil encabeçada pela Vivo Participações S/A.

Em 28/07/2010, foi assinado um acordo segundo o qual a Telefónica S/A concordou em adquirir 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., o que resultaria na aquisição indireta das ações da Vivo Participações S/A.

A operação de aquisição das ações da Brasilcel N.V. foi aprovada pelo Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel em reunião realizada em 23 de setembro de 2010, formalizada por meio do Ato nº 6235, de 27/09/2010, conforme noticiado no Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18).

Aludidas deliberações envolvendo a alienação das ações da Brasilcel N.V. foram tornadas públicas por meio dos fatos relevantes datados de 28/07/2010 e de 27/09/2010 (Doc. 19), conforme explica o item 4 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da Telefónica Brasil S.A., dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2011 e 2010 (Doc. 12

Figura 1. Organograma da estrutura societária após aquisição de 50% da BrasilCel pertencente à Portugal Telecom SG SGPS, S.A. pela Telefónica S.A. (27/09/2010)



(*) Fonte: Relatório de Análise nº 221/2011-GCJV da Anatel, de 18/03/2011 (Doc. 21)

O mesmo item 4 das aludidas Notas Explicativas consigna que a Brasilcel N.V. foi incorporada pela Telefónica S.A. em 21/12/2010, quando a incorporadora espanhola, na condição de única controladora da Vivo Participações, já detinha participação societária direta e indireta de aproximadamente 60% do capital social desta empresa brasileira.

Embora o Grupo Telefónica entendesse que a aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., não implicava alienação de controle, mas tão somente saída de um dos membros do bloco de controle, resolveu observar os procedimentos estabelecidos no artigo 254-A da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, diante do questionamento da área técnica da CVM quanto à realização de oferta pública de aquisição de ações (OPA) por alienação de controle.

De acordo com o aludido artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações, o adquirente do controle de companhia aberta se obriga a realizar oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, assegurando-lhes o preço mínimo de 80% do valor pago pelas ações do bloco de controle.

Assim, o Grupo Telefónica, através de sua controlada SP Telecomunicações Participações Ltda., promoveu uma oferta pública de aquisição de ações (OPA), tendo por objeto a aquisição de ações com direito a voto da Vivo Participações S/A (ações ordinárias), e preço ofertado equivalente a oitenta por cento (80%) daquele transacionado entre a Telefónica e a Portugal Telecom por unit da ação ordinária (ON) da Vivo Participações S/A detida pela Brasilcel N.V, conforme detalhado no Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18).

Em 18/03/2011, data da realização do leilão da OPA, a SP Telecomunicações Participações Ltda. adquiriu do mercado 10.634.722 ações ordinárias da Vivo Participações S/A, representando 2,65% de seu capital, passando o Grupo Telefônica a deter em torno de 62% de participação societária no capital da Vivo Participações S/A.

Note-se que o item 1.2 do Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011 (Doc. 18), ao esclarecer a motivação subjacente à realização da OPA, observou que a Telefônica S/A, antes mesmo da aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., já detinha o controle compartilhado da Brasilcel e, por decorrência, da Vivo Participações S.A. e da Vivo S.A.

(...)

Com a conclusão da aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., o Grupo Telefônica passou a deter o controle absoluto da Vivo Participações S.A. e, conseqüentemente, da Vivo S.A., conforme esclarecem o sujeito passivo e a Vivo Participações S.A. em seu requerimento conjunto de Anuência Prévia dirigido ao Conselho Diretor da Anatel (Doc. 20):

(...)

O sujeito passivo, ainda sob a denominação social de Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, no mesmo requerimento conjunto de Anuência Prévia dirigido ao Conselho Diretor da Anatel, informou que cerca de 88% de participação societária no seu capital social era detida pelo Grupo Telefônica, quando da apresentação do aludido requerimento, conforme a seguir:

(...)

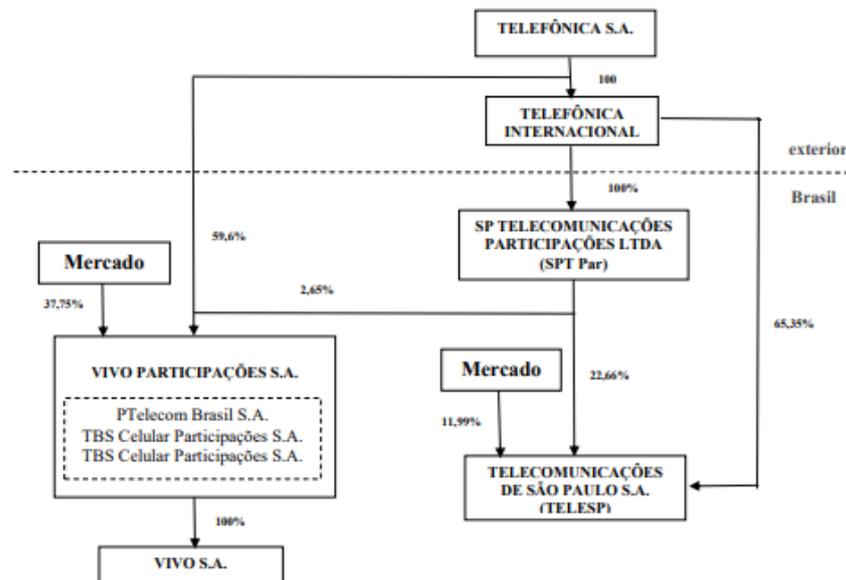
Portanto, quando da realização das reuniões dos conselhos de administração da Vivo Participações S.A. e do sujeito passivo em 27/12/2010, em que foi deliberado acerca do início do processo de reestruturação societária concernente à incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo - conforme Ata da 186ª Reunião do Conselho de Administração da Telecomunicações de São Paulo S.A. (Doc. 14), e Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Vivo Participações S.A. (Doc. 13), ambas as empresas estavam sob o controle comum da espanhola Telefônica S.A..

A simplificação da cadeia de controle com a incorporação das holdings brasileiras PTelecom Brasil S.A., TBS Celular Participações S.A. e TBS Celular Participações S.A. pela empresa controlada Vivo Participações S.A., como etapa preparatória do processo de reestruturação societária que culminou com a aludida incorporação de ações, foi colocada em estudo, conforme a deliberação (iv) da Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Vivo Participações S.A., realizada em 27/12/2010 (Doc. 13).

Finalmente, em 27/04/2011, a Vivo Participações S.A. concretizou a incorporação de suas controladoras brasileiras, as aludidas holdings PTelecom Brasil S.A., TBS Celular

Participações S.A. e TBS Celular Participações S.A., conforme deliberações registradas na Ata da AGE da Vivo Participações S.A., realizada nessa data (Doc. 09). Efetivada essa etapa preparatória, a configuração societária no instante que antecede a incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo, ocorrido também em 27/04/2011, pode ser demonstrada graficamente conforme a seguir:

Figura 2. Organograma da estrutura societária em 27/04/2011, após a incorporação das holdings brasileiras pela Vivo Participações e antes da incorporação de suas ações pelo sujeito passivo



Conclui-se, portanto, que à época da aprovação da proposta de reestruturação societária em 27/12/2010, assim como no momento da concretização da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo, em 27/04/2011, a espanhola Telefónica S.A. detinha o controle direto e indireto de ambas as empresas, possuindo participação societária de aproximadamente 62% do capital da Vivo Participações S.A. e de 88% do capital do sujeito passivo, quando adotava a denominação social Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, de modo a caracterizar o ágio reconhecido contabilmente quando da operação de incorporação de ações como surgido internamente. Inquestionável, portanto, que o ágio surgido na operação possui natureza intragrupo.

Tanto não restam dúvidas quanto à natureza intragrupo desse ágio que, reitera-se, as próprias empresas envolvidas na operação de incorporação de ações, quando da submissão do requerimento conjunto de Anuência Prévia (Doc. 20), informaram ao Conselho Diretor da Anatel estar submetidas a um mesmo controlador comum e que não haveria alterações na composição do controle final das companhias envolvidas na reestruturação.

Relatada as situações fáticas acima, a autoridade fiscal apontou, resumidamente, as seguintes razões para glosa do ágio:

a) O Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC 15 (item 2c), ao dispor sobre o método de aquisição na contabilização de combinações de

negócios, afasta explicitamente de seu alcance aquelas que envolvem empresas sob controle comum;

b) O Apêndice B do CPC 15 (itens B1 e B4) enfatiza que a contabilização pelo método de aquisição não se aplica a combinações de negócios em que as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, de forma não transitória, antes e depois das operações societárias;

c) O Pronunciamento Técnico CPC 04 (item 48) dispõe peremptoriamente que o ágio gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo;

d) A Resolução do Conselho Federal de Contabilidade – CFC nº 1.110/2007 (item 120) estabelecia que o reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais, devendo ser baixado;

e) A Resolução CFC nº 1.292/2010 (item 125), que revogou a Resolução CFC nº 1.110/2007, manteve o mesmo entendimento da norma anterior; f) Os renomados professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior lecionam, em sua obra A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Consequências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade que, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, não sendo permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente;

g) A Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, manifestou-se contrariamente à geração artificial de ágio interno em operações de reestruturação societária, especialmente incorporação de ações a valor de mercado de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico, definindo este tipo de transação como “transação consigo mesmo” ou “transação dos acionistas com eles próprios”;

h) O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2013, embora posterior à conduta ora em apreço, ratifica o entendimento anteriormente exarado, disciplinando que o ágio interno é vedado pelas normas internacionais de contabilidade e simplesmente inexistente.

Segundo a Recorrente a cobrança decorreu principalmente da glosa do Ágio Vivo, que foi pago e registrado pela Recorrente na aquisição da totalidade de ações da Vivo Participações S.A. (“Vivo Par”) que, à época dos fatos, controlava a Vivo S.A. (“Vivo”), empresa operadora de telefonia móvel e dados. Essa aquisição e o Ágio Vivo se submetem ao regime jurídico do ágio dos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (vigente à época - “RIR/99”), da redação original do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e da Lei nº 9.532/97.

De acordo com a fiscalização todas as empresas envolvidas na reestruturação societária que culminou com a incorporação das ações da Vivo Participações S.A., seguida de sua extinção por incorporação também pelo sujeito passivo, estavam inseridas numa estrutura

societária pertencente a um mesmo grupo empresarial, cuja cadeia de controle era encabeçada pela empresa espanhola Telefónica S.A., de sorte que o ágio surgido dessa combinação de negócios realizada entre empresas com vínculos de controle se caracteriza como ágio interno, conhecido também como ágio intragrupo.

A aquisição das ações da Vivo Par ocorreu em abril de 2011, em bolsa de valores, junto a (i) sociedades que integravam o Grupo Telefónica; assim como junto a (i) contingente relevante de acionistas não relacionados a esse grupo, que alienaram ações representativas do percentual de 38% do capital da Vivo Par2 .

De acordo com a Recorrente os valores atribuídos às novas ações emitidas e entregues aos acionistas da Vivo Par foram atestados por avaliações de mercado e laudos técnicos preparados por empresas especializadas e independentes (Planconsult, Banco Santander e Signatura Lazard), uma vez que a CVM exige que sejam criados comitês independentes para determinar a relação de substituição na incorporação das ações (nos termos do Parecer Orientação nº 35/2008), o que de fato ocorreu. Esse valor também condizente com o valor de mercado da Vivo Par foi obtido a partir da sua cotação em bolsa, o que ficou inclusive comprovado no processo

A 1ª Turma da CSRF examinou o Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do acórdão nº 1402-006.078 (sessão de 21.09.2022), proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF. Esta decisão havia dado provimento integral ao Recurso Voluntário da Recorrente, além de ter negado provimento, à unanimidade de votos, ao Recurso de Ofício que versava sobre a inaplicabilidade da multa qualificada de 150% (parcela que já transitou em julgado).

A 1ª Turma da CSRF proferiu o acórdão nº 9101-006.841 (fls. 1.971 a 2.000), dando provimento, por voto de qualidade, ao Recurso Especial interposto pela PGFN, com o retorno ao presente colegiado para manifestação quanto outros pontos suscitados pela Recorrente não analisados em julgamento do Recurso Voluntário.

A decisão da Câmara Superior entendeu que o “ágio reconhecido na aquisição do investimento na Vivo Par pela Recorrente deveria ser considerado como não dedutível, por se qualificar como um ágio interno, em razão da aquisição ter envolvido sociedades sob controle comum”.

Assim, no mérito, por voto de qualidade, decidiu dar provimento ao Recurso Especial, com retorno ao presente colegiado.

Relativamente ao escopo do retorno, por maioria de votos, foi decidido que o processo deveria retornar ao colegiado *a quo* para exame dos seguintes pontos:

- (i) argumentos subsidiários acerca da amortização de ágio na determinação da base de cálculo da CSLL
- (ii) recálculo dos juros sobre o capital próprio;

(iii) exigência da multa de ofício de 75%; e

(iv) incidência de juros sobre a multa de ofício

Com relação a esses pontos a DRJ julgou procedente em parte a impugnação para: Reduzir a multa de ofício de 150% para 75%; manter integralmente as exigências do IRPJ e da CSLL acrescidas de multa de ofício e dos juros de mora cabíveis.

Com isso, o julgamento dessa turma deve ser retomado no limite apontado pela CSRF, sendo, excluído, portanto, as questões referentes ao ágio, visto que já foram julgadas em caráter definitivo no presente processo.

A fiscalização concluiu pela inexistência de ágio amortizável decorrente da citada operação de incorporação de ações e glosou para fins fiscais as amortizações contabilizadas pela impugnante. **Tal glosa, em seu entendimento, refletiu no cálculo dos Juros sobre Capital próprio e no aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa de maneira determinante.**

Com relação à Infração Excesso de Juros sobre o Capital Próprio (fls. 1059), fundamentou a fiscalização que em razão do indevido reconhecimento contábil do ágio interno, decorrente da superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na “autocontratada” operação de incorporação de ações, houve indevida majoração do Patrimônio líquido, base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP).

Com relação à Infração por compensação de saldos inexistentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, a fiscalização (fls. 1060) entendeu que em face do lançamento de ofício das infrações anteriores, referentes ao ano-calendário de 2013, os saldos de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL apurados pelo sujeito passivo nesse mesmo período foram integralmente consumidos, resultando na inexistência de saldos para compensação com bases de cálculo positivas dos respectivos tributos no período subsequente (AC 2014), motivo pelo qual as compensações foram glosadas, com a constituição do respectivo crédito tributário.

Quanto à multa qualificada (fls. 1060), a fiscalização entendeu que o reconhecimento do ágio oriundo de transações entre partes relacionadas, com vínculos de controle, é um procedimento que não encontra sustentação na Ciência da Contabilidade e é condenado pela doutrina contábil-tributária e pela jurisprudência administrativa.

Fundamentou a fiscalização que o registro do ágio interno e sem sacrifício econômico/financeiro gerado entre partes dependentes, bem como as despesas de amortização dele derivadas, por serem inexistentes, nunca foram aceitos contabilmente, societariamente e pelas regras tributárias.

A fiscalização afirmou que a conduta dos atores envolvidos configurou ação visando, na sua opinião, exclusivamente a obtenção de vantagens fiscais ilegais.

Excesso de Juros sobre o Capital Próprio

De acordo com a Autoridade Fiscal, **houve uma apuração a maior de despesa de JCP, por conta da majoração ocorrida no patrimônio líquido decorrente do registro contábil do ágio interno relativo à infração anterior.**

Em razão disso, a Autoridade Fiscal expurgou da base de cálculo do JCP a parcela do capital social indevidamente acrescida do ágio interno glosado.

A CSRF não reconheceu a formação do ágio e confirmou a glosa efetuada pela fiscalização, razão pela qual esses valores não podem ser utilizados para o acréscimo patrimonial base de cálculo do pagamento de JCP.

Essa também foi exatamente a conclusão do Acórdão 1302003.381 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 22 de janeiro de 2019, ao analisar o reflexo desta mesma operação na apuração do JCP, ano-calendário 2011, no processo 16561.720225/2016-36:

É que, tendo ficado assentada a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente, a sua consideração para o acréscimo dos valores patrimoniais das Companhias envolvidas e como base de cálculo do pagamento de JCP aos seus acionistas, implica, necessariamente, na conclusão de que tais despesas são absolutamente desnecessárias e não podem reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Multa de ofício qualificada.

A multa foi qualificada em relação aos tributos lançados de ofício por conta da amortização indevida do ágio o qual não foi validado.

De acordo com a fiscalização, a conduta dos atores envolvidos buscou a obtenção de vantagens fiscais ilegais, portanto, ação dolosa.

Todavia, a DRJ julgou favoravelmente à então Impugnante, tendo sido apresentado o respectivo Recurso de Ofício nesse tópico.

Da Incidência de juros sobre a multa de ofício e aplicação da Selic

A Recorrente contestou a incidência de juros sobre a multa de ofício, sob o argumento de que tal exigência não encontra amparo legal, visto que a legislação que rege a matéria autorizaria a incidência desses consectários somente sobre o valor do tributo ou contribuição.

Tributação reflexa. CSLL.

A Recorrente argumentou que o auto de infração deve ser cancelado por falta de previsão legal que imponha qualquer vedação à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL ou que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Ricardo Piza Di Giovanni**, Relator

Trata-se de processo administrativo que tem por objeto autos de infração lavrados em face da Recorrente para exigir Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) relativos aos anos-calendários de 2013 a 2014, acrescidos de multa e juros.

De acordo com a Recorrente a cobrança decorre principalmente da glosa do Ágio Vivo, que foi pago e registrado pela Recorrente na aquisição da totalidade de ações da Vivo Participações S.A. (“Vivo Par”) que, à época dos fatos, controlava a Vivo S.A. (“Vivo”), empresa operadora de telefonia móvel e dados.

Segundo a fiscalização todas as empresas envolvidas na reestruturação societária que culminou com a incorporação das ações da Vivo Participações S.A., seguida de sua extinção por incorporação também pelo sujeito passivo, estavam inseridas numa estrutura societária pertencente a um mesmo grupo empresarial, cuja cadeia de controle era encabeçada pela empresa espanhola Telefónica S.A., de sorte que o ágio surgido dessa combinação de negócios

realizada entre empresas com vínculos de controle se caracterizaria como ágio interno, conhecido também como ágio intragrupo.

A aquisição das ações da Vivo Par ocorreu em abril de 2011, em bolsa de valores, junto a (i) sociedades que integravam o Grupo Telefônica; assim como junto a (i) contingente relevante de acionistas não relacionados a esse grupo, que alienaram ações representativas do percentual de 38% do capital da Vivo Par.

De acordo com a Recorrente os valores atribuídos às novas ações emitidas e entregues aos acionistas da Vivo Par foram atestados por avaliações de mercado e laudos técnicos preparados por empresas especializadas e independentes (Planconsult, Banco Santander e Signatura Lazard), uma vez que a CVM exige que sejam criados comitês independentes para determinar a relação de substituição na incorporação das ações (nos termos do Parecer Orientação nº 35/2008), o que de fato ocorreu. Esse valor também condizente com o valor de mercado da Vivo Par foi obtido a partir da sua cotação em bolsa, o que ficou inclusive comprovado no processo.

Essa Turma deu provimento ao Recurso Voluntário por meio do Acórdão nº 1402-006.078, de 21 de setembro de 2022, qual apresentou a seguinte emenda:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2013, 2014 ÁGIO INTERNO. PRESENÇA SIGNIFICATIVA DE ACIONISTAS MINORITÁRIOS. LEGITIMIDADE A discussão sobre os pressupostos contábeis ou societários do ágio é relevante quando se identifica a inexistência de uma essência econômica a ele subjacente. Isso porque, o ágio é um conceito econômico que produz efeitos jurídicos. Nas situações analisadas por este Conselho não se afirma que o aproveitamento fiscal do ágio interno seja, por si só, vedado pela legislação (o que efetivamente veio a ocorrer com a publicação da Lei nº 12.973/2014), mas que as operações societárias não tinham substância econômica. Sendo assim, não é possível estabelecer, a priori, que todo ágio gerado internamente seja simulado. É possível a existência do ágio interno desde que se comprove o pagamento e que exista a presença expressiva de acionistas minoritários na empresa incorporada que não sejam os mesmos da incorporadora.

A Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls. 1.862-1.899) utilizando como divergência julgamento de outro colegiado, relativamente ao tema: “impossibilidade de dedução das despesas com amortização de ágio interno, com operação de incorporação de ações e existência de acionistas minoritários”.

Foi oferecido o Acórdão paradigma nº 1302-003.381, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

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. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas conseqüências fiscais.

A 1ª Turma da CSRF examinou o Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do acórdão nº 1402-006.078 (sessão de 21.09.2022). conforme mencionado, esta decisão havia dado provimento integral ao Recurso Voluntário da Recorrente, além de ter negado provimento, à unanimidade de votos, ao Recurso de Ofício que versava sobre a inaplicabilidade da multa qualificada de 150% (parcela que já transitou em julgado).

A 1ª Turma da CSRF proferiu o acórdão nº 9101-006.841 (fls. 1.971 a 2.000), deu provimento, por voto de qualidade, ao Recurso Especial interposto pela PGFN, com o retorno ao colegiado *a quo* para manifestação quanto outros pontos suscitados pela Recorrente não analisados em julgamento do Recurso Voluntário.

A decisão da Câmara Superior entendeu que o “ágio reconhecido na aquisição do investimento na Vivo Par pela Recorrente deveria ser considerado como não dedutível, por se qualificar como um ágio interno, em razão da aquisição ter envolvido sociedades sob controle comum”.

Assim, no mérito, por voto de qualidade, decidiu dar provimento ao Recurso Especial, com retorno ao presente colegiado. Relativamente ao escopo do retorno, por maioria de votos, foi decidido que o processo deveria retornar para exame dos seguintes pontos:

- (i) argumentos subsidiários acerca da amortização de ágio na determinação da base de cálculo da CSLL;
- (ii) recálculo dos juros sobre o capital próprio;
- (iii) exigência da multa de ofício de 75%; e
- (iv) incidência de juros sobre a multa de ofício

Ocorre que a Câmara Superior destacou que, além da glosa da amortização do ágio, foi formalizada também a infração de **excesso de dedução de Juros sobre Capital Próprio (JCP)**, sob o fundamento de que o patrimônio líquido da contribuinte estaria artificialmente avultado em razão do ágio interno.

Nos debates da CSRF foi apontado pelo relator o entendimento, minoritário, no sentido de que referida infração corresponderia a uma infração autônoma, a qual exigiria, para ser conhecida, expresso pedido da Procuradoria, acompanhado de um acórdão paradigma que especificamente tratasse da temática e que, nesse sentido, a decisão favorável à Fazenda não abarcaria a infração, razão pela qual entendeu-se, em minoria de votos, que o feito deveria retornar ao presente colegiado apenas para enfrentar as questões específicas trazidas no Recurso Voluntário atinentes à dedutibilidade do ágio na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Nesse cenário, o voto vencedor da CSRF fundamentou o retorno dos autos para essa turma nos seguintes termos:

*Além da glosa das amortizações do ágio classificado como interno, **a autoridade fiscal apontou a superestimação simultânea dos patrimônios das empresas envolvidas na transação, com a indevida majoração da base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP) e promoveu a glosa do excedente.** O paradigma nº 1302-003.381 tem em conta as exigências do ano-calendário 2011 e o recorrido se refere aos anos-calendário 2013 e 2014.*

O presente caso somente se diferencia do paradigma por também veicular exclusão do prejuízo fiscal operacional relativo ao exercício de 2014, uma vez que o prejuízo fiscal auferido no ano-calendário de 2013 teria sido integralmente consumido pelas infrações apuradas no trabalho fiscal.

Em ambos os casos a penalidade foi qualificada e houve sua redução em 1ª instância, mantida mediante negativa de provimento ao recurso de ofício.

A PGFN não questionou nenhuma das decisões, neste ponto.

Registre-se, por oportuno, que o recurso especial interposto pela Contribuinte contra a decisão do paradigma já teve seu exame iniciado neste Colegiado, sob relatoria da Conselheira Lívia De Carli Germano, mas foi necessária sua conversão em diligência para complementação do exame de admissibilidade quanto à matéria "(iii) Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários", em face do paradigma indicado nº 1201-002.245, conforme Resolução nº 9101-000.116.

O Colegiado a quo concluiu pela legitimidade do ágio escriturado e, assim, deu provimento ao recurso voluntário, consignando ao final da abordagem de mérito da exigência principal que:

Como a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio o resultado do recurso voluntário é extensivo à elas.

Já no paradigma, depois de negar provimento ao recurso voluntário quanto à dedutibilidade das amortizações de ágio, seu voto condutor traz as seguintes considerações:

I.3. DAS DESPESAS COM JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

A análise em relação a tal matéria está intrinsecamente vinculada àquela realizada no tópico anterior.

É que, tendo ficado assentada a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente, a sua consideração para o acréscimo dos valores patrimoniais das Companhias envolvidas e como base de cálculo do pagamento de JCP aos seus acionistas, implica, necessariamente, na conclusão de que tais despesas são absolutamente desnecessárias e não podem reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A própria Recorrente, em sua peça de defesa, estabelece a relação de consequência entre os dois pontos da autuação. Desta forma, tendo sido rejeitadas as alegações de defesa quanto à manutenção na escrituração contábil do suposto "ágio" relativo à operação entre a Recorrente e a Vivo, cabe negar provimento também ao Recurso Voluntário quanto a este tópico.

I.4. DA COMPENSAÇÃO DO IRRF

A Recorrente pleiteia, subsidiariamente, que os valores apurados, a título de IRPJ e CSLL, sobre a glosa das despesas de JCP, sejam deduzidos dos valores do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os pagamentos de JCP aos seus acionistas. A decisão recorrida indeferiu o pedido, nos seguintes termos:

"Entretanto, os pedidos de compensação limitam-se a débitos próprios. No presente caso, a recorrente não suportou o ônus dessa tributação. A recorrente substituiu o contribuinte em relação ao recolhimento do tributo, cuja retenção está obrigada a fazer, caracterizando-se como responsável tributário, logo, não tem legitimidade para pleitear a sua compensação."

O fundamento invocado pelo sujeito passivo é que, em decorrência da glosa da despesa, o lucro líquido da pessoa jurídica seria majorado e poderia ser distribuído, a título de dividendo, sem qualquer tributação. A decisão não merece reparos.

Os valores de IRPJ devidos pela Recorrente com base no lucro líquido majorado pela glosa da despesa com JCP jamais podem ser compensados com os valores de IRRF retidos pela Recorrente, na condição de responsável tributária, sobre os valores pagos a título de JCP aos seus sócios e acionistas.

Os valores retidos na fonte serão considerados, nos termos do art. 9º, §3º, da Lei nº 9.249, de 1995:

"I – antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real; II – tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;"

É impossível, portanto, que a Recorrente se aproveite dos referidos valores, posto que estes não lhe pertencem. Ela não sofreu o ônus da retenção, não lhe cabendo qualquer aproveitamento.

I.5. DOS JUROS DE MORA A Recorrente contesta a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Trata-se de matéria já pacificada no âmbito do CARF, cabendo apenas a invocação da Súmula CARF nº 108, de observância obrigatória pelos julgadores: "Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício."

I.6 DA CSLL Tratando-se o lançamento relativo à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de mero reflexo do lançamento referente ao IRPJ, aplicam-se a ele todas as conclusões adotadas em relação ao lançamento principal.

I.7 CONCLUSÃO PARCIAL

Isto posto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo.

A partir da divergência jurisprudencial demonstrada, a PGFN requer seja conhecido e provido o presente recurso especial, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado nos quesitos objeto da presente insurgência. Releva notar que na argumentação de mérito, neste sentido, a PGFN limita a transcrição do voto condutor do paradigma ao excerto anterior à parcela acima reproduzida. Não refere, portanto, fundamentos do paradigma

que poderiam, eventualmente, se prestar a validar a repercussão do tema questionado na glosa dos juros sobre o capital próprio.

É certo que na demonstração da divergência jurisprudencial, a PGFN refere apenas as glosas de amortização do ágio classificado como “interno”, sem mencionar a glosa de juros sobre o capital próprio. Mas esta condução é coerente com a afirmação do recorrido no sentido de que a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio, impondo-se que o resultado do recurso voluntário fosse extensivo à elas. Ou seja, a pretendida reforma do acórdão recorrido nos quesitos objeto da presente insurgência, demandava, apenas, a reforma do fundamento central do acórdão recorrido, que afirmou válido o reconhecimento contábil da majoração do valor do investimento como ágio. É a natureza do valor escriturado que deve ser discutida nesta instância especial e é desta premissa que decorrem os tributos aqui constituídos, como bem expresso na síntese dos fatos do recurso especial:

(...)

Assim foi que o Colegiado a quo, afastando a artificialidade apontada pela autoridade fiscal e afirmando a regularidade do valor escriturado como ágio, afastou as glosas de sua amortização e deu tratamento reflexo à glosa do JCP e dos valores compensados no anocalendário de 2014, sem adicionar qualquer fundamento para que o resultado do recurso voluntário fosse extensivo à elas. Por esta razão, a solução da divergência quanto à impossibilidade de dedução das despesas com amortização de ágio interno, com operação de incorporação de ações e existência de acionistas minoritários repercute em toda a decisão de dar provimento ao recurso voluntário e tem o potencial de restabelecer não só a glosa de amortização de ágio, como também de juros sobre o capital próprio.

Por esta razão, não se pode concordar que a PGFN não tenha pretendido o restabelecimento das glosas de juros sobre o capital próprio. A divergência jurisprudencial suscitada acerca do único fundamento jurídico do acórdão recorrido, ainda que afeta, em essência, à glosa de amortização de ágio, traz em si, necessariamente, a pretensão de que o acórdão recorrido seja revertido por inteiro.

De seu lado, a Contribuinte, em seu recurso voluntário, depois de rebater os argumentos fiscais contrários à amortização fiscal do ágio, conclui restar comprovado que a contabilidade da Recorrente está correta e a decisão da DRJ merece ser reformada, com o cancelamento integral do Auto de Infração, mas prossegue aduzindo, subsidiariamente, que:

(...)

Como se vê, há argumentos subsidiários apresentados em recurso voluntário que deixaram de ser apreciados quando o Colegiado a quo concluiu pela legitimidade do ágio escriturado e afastou a glosa de sua amortização, bem como o recálculo dos juros sobre o capital próprio e dos prejuízos a compensar, por compreendê-los exigências reflexas. Mais precisamente, ao adotar fundamento suficiente para o provimento do recurso voluntário, o Colegiado a quo deixou de enfrentar as arguições de que: i) as

amortizações de ágio, ainda que indedutíveis no âmbito do IRPJ, seriam dedutíveis no âmbito da CSLL; ii) as premissas de recálculo dos juros sobre o capital próprio seriam incoerentes com as postas para glosa das amortizações do ágio, e teriam resultado em glosa superior à que seria admissível segundo a metodologia do Novo Regime Contábil; iii) ainda que mantidas as glosas, a multa de ofício 75% não poderia subsistir por ofensa aos arts. 106 e 110 do CTN; e iv) se mantida a multa de ofício, os juros de mora seriam sobre ela inaplicáveis.

Em verdade, o único ponto da exigência não confrontado por argumentos adicionais foi a glosa de prejuízos compensados, cuja reversão é pleiteada com base, apenas, no afastamento das infrações que afetaram a apuração do ano-calendário 2013. Ainda assim, esta glosa resta condicionada à manutenção, também, das glosas de juros sobre o capital próprio, em relação às quais foi apresentada defesa subsidiária. Circunstância semelhante se verifica em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, cuja defesa subsidiária não demandaria retorno para sua apreciação, em face do entendimento em contrário já consolidado na Súmula CARF nº 108 – em linha com o já definido desde o Acórdão nº 9101-004.008, no qual a maioria deste Colegiado³, ao dar provimento ao recurso especial para negar direito creditório reconhecido pela Turma Ordinária, não determinou o retorno dos autos para apreciação de argumentos subsidiários do recurso voluntário por se tratar de matéria exclusivamente de direito e já sumulada, hipótese na qual seria aplicável a teoria da causa madura, que autoriza a flexibilização do valor da “não supressão de instância”, ainda que em decisão desfavorável ao sujeito passivo -, mas cuja exigência é indiretamente afetada pela pretensão de cancelamento integral das multas de ofício. A desnecessidade de retorno nestas circunstância, inclusive, foi incorporada ao novo Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1634/2003:

Fato é que, nas circunstâncias presentes, a reforma do acórdão recorrido nos quesitos objeto da presente insurgência deduzida pela PGFN presta-se a restabelecer os fundamentos da acusação fiscal deduzidos para glosa das amortizações de ágio e como premissa de recálculo dos juros sobre o capital próprio. Irrelevante se a PGFN não pediu, expressamente, a repercussão do entendimento por ela defendido no cálculo dos juros sobre o capital próprio. Como antes demonstrado, o voto condutor do acórdão recorrido nada acrescentou como fundamento para reverter esta segunda parcela da exigência, consignando apenas que:

(...)

Assim, ainda que a PGFN pleiteasse a reversão desta glosa, e inclusive o fizesse em sede de divergência jurisprudencial, mediante apresentação de paradigmas que validassem glosa semelhante, fatalmente seu recurso especial não seria conhecido por ausência de prequestionamento, pois embora a exigência exista, e a Contribuinte a tenha questionado em recurso voluntário, não houve decisão, no acórdão recorrido, acerca de seu mérito.

Em outras palavras: a glosa de juros sobre o capital próprio, ainda que suportada por fundamentos específicos confrontados em defesa pelo sujeito passivo, porque decidida

como exigência reflexa pelo Colegiado a quo, é revertida juntamente com as glosas de amortização de ágio calcadas no fundamento controvertido pela PGFN.

O provimento do recurso especial fazendário, portanto, reforma o acórdão recorrido tanto no que se refere à glosa de amortizações do ágio, como também em relação à glosa de juros sobre o capital próprio, que volta a ser exigível como reflexo da glosa de juros sobre o capital próprio.

Em verdade, caberia à Contribuinte, em contrarrazões, ter requerido, subsidiariamente, o retorno dos autos ao Colegiado a quo para apreciação de seus argumentos subsidiários de defesa.

Naquela manifestação, porém, a Contribuinte somente alertou para a definitividade do cancelamento da qualificação da penalidade. Apesar de registrar existência, também, de glosa de despesas de juros sobre o capital próprio – vinculando-a expressamente à “superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na ‘autocontratada’ operação de incorporação de ações [da Vivo Par]” - e de glosa de compensação de prejuízos fiscais, a Contribuinte deixa de relatar a defesa apresentada contra a primeira glosa e os fundamentos da acusação fiscal naquele ponto, confrontados em seu recurso voluntário, limitando-se a tratar dos tópicos correspondentes à glosa do Ágio Vivo, nos seguintes termos:

(...)

Assim, diante da constatação de que o recurso especial da PGFN é suficiente para restabelecer, também, a glosa de juros sobre o capital próprio afastada pelo Colegiado a quo em razão da reversão da glosa de amortização de ágio, e do reconhecimento de que decisão não encerra o contencioso administrativo, necessário se faz o retorno ao Colegiado a quo, ainda que não requerido em contrarrazões para exame dos tópicos de defesa deduzidos em recurso voluntário e não apreciados pelo Colegiado a quo, reproduzidos ao norte e que podem ser assim resumidos: (i) argumentos subsidiários acerca da amortização de ágio na determinação da base de cálculo da CSLL; (ii) recálculo dos juros sobre o capital próprio; (iii) exigência da multa de ofício de 75%; e (iv) incidência de juros sobre a multa de ofício.

Esclareça-se que embora se compreenda que poderia ser dispensado o retorno acerca do último ponto, por se tratar de questão de direito e já sumulada, tal destaque para não retorno se faz desnecessário em razão de a devolução ao Colegiado a quo se justificar, também, em relação às demais matérias.

Portanto, o voto vencedor da CSRF afirmou que esta turma, “afastando a artificialidade apontada pela autoridade fiscal e afirmando a regularidade do valor escriturado como ágio, afastou as glosas de sua amortização e deu tratamento reflexo à glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014, sem adicionar qualquer fundamento para que o resultado do recurso voluntário fosse extensivo à elas”.

Nesse sentido, esclareceu a CSRF que a decisão da TO (recorrida) quanto à impossibilidade de dedução das despesas com amortização de ágio interno, com operação de

incorporação de ações e existência de acionistas minoritários, repercute em toda a decisão de dar provimento ao recurso voluntário e tem o potencial de restabelecer não só a glosa de amortização de ágio, como também de juros sobre o capital próprio.

Mas é fato que seria necessário julgar especificamente a questão da JCP e que a necessidade de um julgamento específico sobre a JCP induz, na minha interpretação, que a glosa das despesas de ágio não significa necessariamente que o tema da JCP deve acompanhar automaticamente o tema do ágio, como entendeu a fiscalização. Se isso fosse verdade, a própria CSRF já teria definido o tema em sede de decisão do Recurso Especial. Não o fez porque identificou um argumento autônomo da Recorrente e reconheceu profundidade nesse argumento.

Nesse cenário, o objeto da presente decisão seria analisar os seguintes pontos:

- (i) argumentos subsidiários acerca da amortização de ágio na determinação da base de cálculo da CSLL;
- (ii) recálculo dos juros sobre o capital próprio;
- (iii) exigência da multa de ofício de 75%; e
- (iv) incidência de juros sobre a multa de ofício

Desta maneira, o caso foi delimitado pela CSRF, sendo, excluído, portanto, as questões referentes especificamente ao ágio, visto que já foram julgadas em caráter definitivo no presente processo pela CSRF.

Apesar de natural, importante frisar que entendo que o Recurso Voluntário deve ser admitido também com relação aos aspectos subjacentes a glosa de dedutibilidade do ágio.

Retomando os fatos especificamente quanto aos Juros sobre Capital Próprio e demais matérias subjacentes, em 14/12/2018 foi lavrado o auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 1073/1084), e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 1085/1094), contra o sujeito passivo, Telefônica Brasil S.A., em função de Excesso de Juros sobre Capital Próprio; de valores não amortizáveis relativos ao aproveitamento fiscal dos encargos de amortização de ágio interno; de seus reflexos em CSLL; e de Prejuízo fiscal e Base negativa compensados indevidamente. Houve exigência da Multa de Ofício no percentual de 150%.

Portanto, trata-se de Auto de Infração no qual a fiscalização alega que, nos anos calendários de 2013 e 2014, a contribuinte, cometeu as seguintes infrações:

- a) Amortização indevida de ágio relativa ao IRPJ e CSLL;
- b) Glosa dos Juros sobre Capital Próprio como reflexo da glosa relativa à amortização do ágio.

c) Exclusão do prejuízo fiscal operacional relativo ao exercício de 2014, uma vez que o prejuízo fiscal auferido no ano-calendário de 2013 teria sido integralmente consumido pelas infrações apuradas no trabalho fiscal.

c) Cenário de multa qualificada de 150%

Em 27 de outubro de 2014, foi aberto procedimento de fiscalização o qual apurou os efeitos tributários da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A) ocorrida em 27/04/2011.

A fiscalização concluiu pela inexistência de ágio amortizável decorrente da citada operação de incorporação de ações e glosou para fins fiscais as amortizações contabilizadas pela impugnante. Tal glosa, no entendimento da fiscalização, refletiu no cálculo dos Juros sobre Capital próprio e no aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa.

Com relação à Infração Excesso de Juros sobre o Capital Próprio (fls. 1059), fundamentou a fiscalização que em razão do indevido reconhecimento contábil do ágio interno, decorrente da superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na “autocontratada” operação de incorporação de ações, houve indevida majoração do Patrimônio líquido, base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP).

Com relação à Infração por compensação de saldos inexistentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, a fiscalização (fls. 1060) entendeu que em face do lançamento de ofício das infrações anteriores, referentes ao ano-calendário de 2013, os saldos de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL apurados pelo sujeito passivo nesse mesmo período foram integralmente consumidos, resultando na inexistência de saldos para compensação com bases de cálculo positivas dos respectivos tributos no período subsequente (AC 2014), motivo pelo qual as compensações foram glosadas, com a constituição do respectivo crédito tributário.

Quanto à multa qualificada (fls. 1060), a fiscalização entendeu que o reconhecimento do ágio oriundo de transações entre partes relacionadas, com vínculos de controle, é um procedimento que não encontra sustentação na Ciência da Contabilidade e é condenado pela doutrina contábil-tributária e pela jurisprudência administrativa.

Fundamentou a fiscalização que o registro do ágio interno e sem sacrifício econômico/financeiro gerado entre partes dependentes, bem como as despesas de amortização dele derivadas, por serem inexistentes, nunca foram aceitos contabilmente, societariamente e pelas regras tributárias.

A fiscalização afirmou que a conduta dos atores envolvidos configurou ação visando, na sua opinião, exclusivamente a obtenção de vantagens fiscais ilegais.

Excesso de Juros sobre o Capital Próprio

De acordo com a Autoridade Fiscal, houve uma apuração a maior de despesa de JCP, por conta da majoração ocorrida no patrimônio líquido decorrente do registro contábil do ágio interno relativo à infração anterior.

Segundo o entendimento da autoridade lançadora, por ser uma transação realizada entre entidades sob controle comum, apontando que a incorporação de ações deveria ter sido realizada a valor contábil; e a Recorrente não deveria ter apurado e registrado qualquer ágio na operação. Em razão disso, a Autoridade Fiscal expurgou da base de cálculo do JCP a parcela do capital social indevidamente acrescida do ágio interno glosado.

Em resumo, as alegações da Recorrente seriam:

“A aquisição da Vivo Par pela Recorrente é motivada pela união de atividades de duas empresas distintas, aprovada pela CVM, SEC, bolsa brasileira, bolsa americana, ANATEL que tinha que observar padrão de mercado;

- *O aumento de capital da Recorrente pelo valor de mercado da Vivo Par foi feito para proteger o contingente relevante de acionistas não controladores da Vivo Par (38% do capital total);*
- *A linha de argumentação contábil sequer deveria afetar o cálculo do JCP, considerando a vigência do RTT;*
- *Ainda na linha contábil, restou suficientemente comprovada a validade do uso do “Método de Aquisição” à luz do CPC 15, que foi acatado pela CVM e pelos Pareceristas Marcelo Trindade, e Nelson Carvalho e Fernando Murcia, do FIPECAFI;*
- *A validade do pagamento do JCP independe da qualificação ou não do ágio como um “ágio interno”, mas sim da validade da contabilização efetuada – o que ficou provado aqui nos autos; e*
- *Não há qualquer dispositivo legal, vigente à época dos fatos geradores, que obrigue o ajuste do valor do patrimônio líquido da TBrasil para o cálculo do JCP.*

Nesse cenário, a Recorrente solicitou à Deloitte Touche Tohmatsu que revisasse o procedimento e o regime contábil adotado pela autoridade lançadora para o cálculo do valor de patrimônio líquido, tendo emitido o Parecer Técnico Deloitte.

A esse respeito, o parecer concluiu que o critério utilizado pelo lançamento foi o Regime Contábil Anterior, isto é, o patrimônio líquido da Recorrente foi calculado pela autoridade lançadora de acordo com o balanço fiscal, segundo os métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007:

1. *Favor informar qual o critério utilizado pela autoridade lançadora para a mensuração do valor de patrimônio líquido da Telefônica Brasil S.A., nos anos calendários de 2013 e 2014, para fins de cálculo dos juros sobre o capital próprio (cujas despesas foram glosadas no auto de infração)? Isto é, o valor de patrimônio líquido foi calculado de acordo com o balanço fiscal (métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007 – “Regime Contábil Anterior”) ou com base no balanço*

societário (considerando as novas regras contábeis – “Novo Regime Contábil”) da companhia? RESPOSTA: **Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, para fins de cálculo do JCP do ano de 2013 e 2014, a Autoridade Fiscal considerou o patrimônio líquido informado na ficha 37E – Passivo – Balanço Patrimonial – Critério em 31/12/2007. Conforme instruções de preenchimento da DIPJ, as informações apresentadas na Ficha 37E consideram as informações patrimoniais com base nos métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.**

Portanto, é possível concluir que, antes de fazer qualquer expurgo referente à contabilização do ágio decorrente da incorporação de ações da Vivo Participações S.A., para fins de cálculo dos juros sobre capital próprio (cujas despesas foram glosadas no auto de infração), a RFB considerou o patrimônio líquido calculado de acordo com o balanço fiscal (métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007 – “Regime Contábil Anterior”).

(...)

2. Valendo-se da metodologia utilizada pela autoridade lançadora, favor simular os cálculos nos dois cenários autorizados pela legislação à época para mensuração do patrimônio líquido da Telefônica Brasil S.A. para fins do cálculo dos juros sobre o capital próprio nos anos de 2013 e 2014 (isto é, partindo (a) do Regime Contábil Anterior e (b) do Novo Regime Contábil). A partir da mesma metodologia utilizada pela RFB, efetuamos a simulação do cálculo de JCP com base no balanço societário e fiscal para os anos de 2013 e 2014. Como resultado, apresentamos, abaixo, quadro comparativo entre os limites de dedutibilidade observados a partir do balanço societário e do balanço fiscal: RESPOSTA: A partir da mesma metodologia utilizada pela RFB, efetuamos a simulação do cálculo de JCP com base no balanço societário e fiscal para os anos de 2013 e 2014. Como resultado, apresentamos, abaixo, quadro comparativo entre os limites de dedutibilidade observados a partir do balanço societário e do balanço fiscal:

Descrição	Balanço Societário (R\$ mil)	Balanço Fiscal (R\$ mil)	Diferença (R\$ mil)
Ano Calendário de 2013	1.185.208	1.091.285	(93.923)
Ano Calendário de 2014	1.135.756	1.171.056	35.300
Total Dedutível	2.320.964	2.262.336	(58.628)

Importa ressaltar que o cálculo do JCP com base no balanço fiscal observou o mesmo limite de dedutibilidade apurado pela RFB através do Termo de Verificação Fiscal.

(...)

significa dizer que, para o ano de 2013, o limite de dedutibilidade de JCP apurado com base no balanço societário produziria um incremento de R\$ 95.923 mil, no limite de dedutibilidade calculado pela RFB no auto de infração. Por outro lado, para o ano de 2014, o limite de dedutibilidade de JCP apurado com base no balanço societário produziria uma redução de R\$ 35.300 mil, no limite de dedutibilidade calculado pela RFB no auto de infração. Portanto, de forma combinada, para os anos de 2013 e 2014, o cálculo com base no balanço societário produziria um incremento de R\$ 58.623 mil no

limite de dedutibilidade da despesa de JCP, quando comparado com o cálculo adotado pela RFB baseado no balanço fiscal. (grifos nosso)

Em face dessa análise da empresa de auditoria independente, a Recorrente alega que a autoridade fiscal utilizou o Regime Contábil Anterior para o cálculo do valor de patrimônio líquido, ao mesmo tempo em que sustentou a aplicação do Novo Regime Contábil como fundamento único para a glosa indevida do ágio pago pela Recorrente na aquisição das ações da Vivo Par.

Argumenta a Recorrente que para os anos-calendários de 2013 e 2014, o cálculo do valor de patrimônio líquido com base no Novo Regime Contábil teria implicado aumento de R\$ 58.628.000,00 no limite de dedutibilidade da despesa de JCP, quando comparado com o cálculo adotado pela autoridade lançadora baseado na metodologia do Regime Contábil Anterior, revelando inconsistência do auto de infração.

Aduz ainda a Recorrente que sempre esteve obrigada a segregar do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio pago na aquisição da Vivo Par, com a indicação do seu fundamento econômico. Diz que observou às disposições do Decreto-lei nº 1.598/77, do RIR/99 e da Instrução CVM nº 247/96 (Regime Contábil Anterior e Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97).

Nesse sentido, segue os fundamentos apresentados pela Recorrente em suas próprias palavras:

248. Dessa forma, não há que se falar em vedação à realização da incorporação de ações a valor de mercado e/ou ao reconhecimento contábil do ágio, na vigência do Regime Contábil Tradicional. Além disso, veja-se que os artigos 21 e 23 da Lei nº 9.249/95 previam a possibilidade de realização de operações pelo contribuinte a valor contábil ou de mercado, a depender do critério escolhido, o que evidencia a validade do critério adotado e de todos os valores utilizados na operação indevidamente questionada pelo Fisco

249. Veja-se ainda que a Instrução Normativa RFB nº 11/96 previa os seguintes ajustes que devem ser efetuados no valor do patrimônio líquido para fins de cálculo do JCP, quais sejam: (i) reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica; (ii) reserva de correção especial do ativo permanente; e, (iii) reserva de reavaliação capitalizada, em relação às parcelas não realizadas. Eram apenas esses ajustes que deveriam ser expurgados do patrimônio líquido para fins de cálculo dos JCP. Qualquer outro ajuste ou expurgo pretendido pela autoridade não encontra respaldo na legislação aplicável aos fatos, devendo ser afastado.

250. Por outro lado, ainda que o cálculo do limite de JCP fosse feito de acordo com o Novo Regime Contábil (Lei nº 11.638/07 e Pronunciamentos do CPC), a Recorrente também comprovou que a aplicação do Método de Aquisição previsto no CPC 15 e o reconhecimento contábil do ágio estão adequados e refletem a melhor prática contábil no caso concreto, estando em linha inclusive com o entendimento do Colegiado da CVM

(citado de forma descontextualizada e equivocada pelo TVF). Assim, nada haveria a se opor ao registro do ágio também sob esse aspecto.

251. Ademais, para fins de cálculo do JCP, a Lei nº 11.941/2009 que criou o RTT e a Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 estabeleciam que não serão considerados no valor do patrimônio líquido os valores a título de “ajustes de avaliação patrimonial” relativos à análise sobre a recuperação dos valores registrados no imobilizado e no intangível (cf. artigo 183, §3º da LSA). Não havia, portanto, qualquer outro ajuste a ser feito nas contas do patrimônio líquido para fins de cálculo do JCP, o que foi simplesmente desconsiderado pela decisão da DRJ.

252. Ainda que fosse aplicado ao caso o regime de pagamento de JCP previsto Lei nº 12.973/2014 e nas instruções normativas que regulam esta lei, a legislação estabelece as contas taxativas de patrimônio líquido que devem ser levadas em consideração, incluindo a conta de capital social com todas as espécies de ações previstas na LSA, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial.

253. Esse novo regime apenas reforça que deve ser computado no valor do patrimônio líquido as ações que, em sua essência, tenham a característica de dívida. Ou seja, o limite aplica-se à integralidade das ações emitidas pela pessoa jurídica, sem qualquer distinção quanto ao fato de as emissões terem sido emitidas em transações com entidades sob controle comum.

254. Por todo o exposto, resta comprovado que o valor do ágio pago pela Recorrente na aquisição de ações da Vivo Par deve ser computado no cálculo do limite de JCP, tanto no Regime Contábil do Anterior e no Novo Regime Contábil. Comprovou-se ainda inconsistência e contrariedade do presente lançamento, o qual sustenta a aplicação do Novo Regime Contábil para a indevida glosa do ágio, ao mesmo tempo em que utiliza o Regime Contábil Anterior para o cálculo do valor de patrimônio líquido e limites das despesas de JCP glosadas, de modo que a decisão da DRJ deve ser reformado, com o cancelamento do Auto de Infração também em relação a esta infração.

Nota-se que o direcionamento da defesa da Recorrente é no sentido de que o valor do ágio pago pela Recorrente na aquisição de ações da Vivo Par deveria ser computado no cálculo do limite de JCP, tanto no Regime Contábil do Anterior e no Novo Regime Contábil.

Ocorre que a CSRF não reconheceu a formação do ágio e confirmou a glosa efetuada pela fiscalização, porém, como dito anteriormente, não entendeu, expressamente, que a glosa do ágio reflete no JCP. Pelo contrário, entendeu que a questão do JCP deve ser analisada de maneira autônoma.

Confirma essa constatação o fato de que o voto da turma originária, da relatora Júnia, dispôs em sentido contrário às fls. 1858, se não veja:

“(…)

Como a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio o resultado do recurso voluntário é extensivo à elas.”

Ou seja, salvo melhor interpretação, a CSRF não concordou com a premissa da relatora da turma ordinária no sentido de que *a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio o resultado do recurso voluntário é extensivo à elas.*

Significa dizer que deve ser, no mínimo, analisado *se a glosa do JCP e dos valores compensados no ano-calendário de 2014 são reflexos da glosa do ágio o resultado do recurso voluntário é extensivo à elas.*

Consequentemente, entendo que **a posição do auto de infração de aplicar automaticamente os efeitos da glosa do ágio ao JCP não se aplica ao presente caso.**

Com isso, nossa busca pela verdade seria identificar a origem do cálculo do JCP e não simplesmente invalidar porque a amortização do ágio foi invalidada.

De fato, respeito o entendimento no sentido de que esses valores não podem ser utilizados para o acréscimo patrimonial base de cálculo do pagamento de JCP, até mesmo porque foi exatamente a conclusão do Acórdão 1302003.381 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 22 de janeiro de 2019, ao analisar o reflexo desta mesma operação na apuração do JCP, ano-calendário 2011, no processo 16561.720225/2016-36:

É que, tendo ficado assentada a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente, a sua consideração para o acréscimo dos valores patrimoniais das Companhias envolvidas e como base de cálculo do pagamento de JCP aos seus acionistas, implica, necessariamente, na conclusão de que tais despesas são absolutamente desnecessárias e não podem reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No entanto, entendo que existe uma autonomia, no presente caso, na análise da JCP, principalmente porque não fora identificada uma artificialidade na contabilidade da Recorrente.

Relembrando, a aquisição da Vivo Par ocorreu em abril de 2011, na BM&F Bovespa, e envolveu participação de acionistas que não tinham relação societária ou vínculo de dependência com a Recorrente, Vivo Par ou com outra sociedade envolvida. Esses acionistas independentes detinham 38% do capital acionário da Vivo Par.

Nessa operação, os acionistas da Vivo Par alienaram suas ações e receberam em pagamento ações da Recorrente que, por sua vez, adquire 100% da Vivo Par e paga isso com suas próprias ações, aumentando o seu capital social. E é esse aumento do capital social da Recorrente – pelo valor de mercado da Vivo Par, que é relevante para os fins do cálculo do JCP, objeto de exame por essa Turma de Julgamento.

As condições de mercado dessa operação, incluindo a relação de troca das ações, foram estabelecidas dentro de um ambiente de livre mercado na bolsa de valores, sendo que a avaliação econômica das companhias estava respaldada por três laudos de avaliação (Laudo DCF Planconsult, Banco Santander e Signatura Lazard), contratados por Comitês Independentes

nomeados por cada uma das companhias, nos termos do Parecer de Orientação CVM nº 35/2008 e demais regras da CVM e bolsa de valores, as quais visam assegurar que os acionistas independentes não fossem prejudicados.

Esses laudos atestaram o valor de mercado da Recorrente e da Vivo Par, conforme o método do fluxo de caixa descontado a valor presente, também suportado pelo valor total negociado em bolsa das ações.

Como resultado da aquisição da Vivo Par pela Recorrente, essas companhias foram integradas debaixo de uma mesma estrutura societária, unificando a base acionária e constituindo a principal operadora de telefonia do Brasil.

Entendo que é possível afirmar que a operação foi realizada a valor de mercado, visto que atendeu o critério da CVM e da bolsa de valores, pois, caso contrário, a operação não seria aprovada.

Ademais, inexistiu nos autos discussão sobre o valor do capital social em si, mas unicamente a questão invocada pelo lançamento se o valor do aumento de capital deveria ter sido feito a valor de mercado ou pelo valor de patrimônio líquido da Vivo Par.

A Recorrente demonstrou que a partir da incontroversa ausência de vícios tais como simulação e a fraude na transação, reconhecida desde a decisão da DRJ e já transitada em julgado, fica afastada a hipótese de fraude contábil ou patrimônio inflado ou artificial.

A contabilidade da Recorrente foi transparente e auditada, ou seja, o aumento do capital social refletiu o valor de mercado da Vivo Par. Foi demonstrado também que a legislação fiscal não determinou ajuste nas contas de capital social para o cálculo do JCP em razão de operações societárias entre partes sob controle comum.

Por sua vez, o Auto de Infração está fundamentado no argumento de que a Recorrente teria considerado uma base de cálculo incorreta da JCP por ter considerada de maneira inapropriada o ágio pago para adquirir das ações da Vivo Par.

Nesse sentido, a DRJ entendeu que *“a decisão relativa à infração anterior (ágio) aplica-se ao JCP, uma vez que ambos os lançamentos estão apoiados nos mesmos elementos de convicção”*.

Todavia, com todo respeito, entendo que ambos os lançamentos não poderiam estar apoiados nos mesmos elementos de convicção. São coisas distintas ou não. Esse é ponto em debate, o JCP segue automaticamente o entendimento da glosa do ágio?

A CRSF entendeu que merecia uma nova análise e não definiu, naquele momento pelo menos, se seria, automático a aplicação dos entendimentos.

Pois bem. Entendo importante, revisitar o conceito da JCP. Nesse sentido, relembremos o artigo 9º da Lei nº 9.249/95:

*Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, **calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo TJLP.***

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

(...)

§ 8º Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

Portanto, para fins tributários, a sistemática dos JCP sujeita-se às seguintes regras:

1º) os juros são calculados mediante aplicação da variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo TJLP sobre as contas do patrimônio líquido (excluída eventual reserva de reavaliação); e

2º) a dedutibilidade é limitada à metade dos lucros (computados antes da dedução dos juros) ou a metade dos lucros acumulados mais reservas de lucros.

Nesse cenário, entendo que a lei utilizou parâmetros contábeis para definir o limite de dedutibilidade, ou seja, o valor do lucro e o valor de saldos observados no período base em que se está investigando essa dedutibilidade (o do pagamento ou crédito dos juros).

Ou seja, a contabilidade é determinante para os JCP. E a contabilidade não foi invalida pelo auto de infração. Na verdade, com todo respeito, o auto de infração, com relação aos JCP não cumpriu os ditames do artigo 142 do CTN, o qual dispõe:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo **tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável**, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Entendo, com todo respeito, que o Auto de Infração não verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente porque a hipótese de incidência dos JCP é peculiar e não poderia ter sido adotado os mesmos parâmetros de análise do ágio.

No presente caso, o Auto de Infração tratou dos efeitos do ágio (sua respectivo glosa), mas não tratou especificamente da causa com relação aos Juros sobre Capital Próprio. Os efeitos (glosa do ágio) não podem necessariamente anular a contabilidade.

Segundo o entendimento da fiscalização, por ser uma transação realizada entre entidades sob controle comum a incorporação de ações deveria ter sido realizada a valor contábil. Essa afirmação é importante, mas não invalidou a contabilidade, não PROVOU artificialidade na contabilidade e caberia ao lançamento tributário apontar a prova inequívoca de artificialidade da contabilidade. Isso não ocorreu no presente caso.

Consequentemente, a autoridade lançadora somente fundamentou que a parcela do capital social que teria sido “artificialmente majorada” pela operação de incorporação de ações deveria ter sido expurgada do valor de patrimônio líquido da Recorrente para fins de cálculo dos limites para pagamento de JCP, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.249/95.

Todavia, entendo que no presente caso não fora PROVADO pela fiscalização que ocorreu a “superestimação” do valor de patrimônios e com isso, permanece válida a contabilidade da Recorrente.

A Recorrente também evidenciou que o artigo 14 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 estabelece que, na vigência do RTT, a pessoa jurídica poderia optar entre as seguintes alternativas para cálculo do limite de JCP:

(i) utilizar o valor de patrimônio líquido apurado conforme o Regime Contábil Anterior (métodos e critérios vigentes em 31.12.2007); ou

(ii) utilizar o valor de patrimônio líquido apurado conforme o Novo Regime Contábil.

Para fins de cálculo do JCP, a Lei nº 11.941/2009, que criou o RTT, e a Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 estabeleciam que não serão considerados no valor do patrimônio líquido os valores a título de “ajustes de avaliação patrimonial” relativos à análise sobre a recuperação dos valores registrados no imobilizado e no intangível (cf. artigo 183, §3º da LSA).

De fato, ainda que o limite de JCP aplica-se à integralidade das ações emitidas pela pessoa jurídica, sem qualquer distinção quanto ao fato de as emissões terem sido emitidas em transações com entidades sob controle comum.

De fato, não havia outro ajuste a ser feito nas contas do patrimônio líquido para fins de cálculo do JCP no caso da opção pelo Regime Contábil Anterior, inexistindo dispositivo legal que sustente o ajuste de patrimônio líquido para o cálculo do JCP pretendido pela autoridade lançadora. Em qualquer dos regimes, o patrimônio líquido adotado pela Recorrente está correto, de forma que a glosa de despesas deve ser cancelada.

Conforme mencionado, o Parecer Técnico da Deloitte concluiu que o critério utilizado pelo auto de infração foi o Regime Contábil Anterior, isto é, o patrimônio líquido da

Recorrente foi calculado pela autoridade lançadora de acordo com o balanço fiscal, segundo os métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007.

De acordo com o laudo da Deloitte, *antes de fazer qualquer expurgo referente à contabilização do ágio decorrente da incorporação de ações da Vivo Participações S.A., para fins de cálculo dos juros sobre capital próprio (cuja despesa foram glosadas no auto de infração), a RFB considerou o patrimônio líquido calculado de acordo com o balanço fiscal (métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007 – “Regime Contábil Anterior”)*.

Ato contínuo, valendo-se da metodologia utilizada pela autoridade lançadora, a Deloitte simulou os cálculos nos dois cenários autorizados pela legislação à época para mensuração do patrimônio líquido da Telefônica Brasil S.A. para fins do cálculo dos juros sobre o capital próprio nos anos de 2013 e 2014 (isto é, partindo (a) do Regime Contábil Anterior e (b) do Novo Regime Contábil).

A partir da mesma metodologia utilizada pela Receita Federal, efetuou a simulação do cálculo de JCP com base no balanço societário e fiscal para os anos de 2013 e 2014. Como resultado, apresentou um quadro comparativo entre os limites de dedutibilidade observados a partir do balanço societário e do balanço fiscal.

Descrição	Balanço Societário (R\$ mil)	Balanço Fiscal (R\$ mil)	Diferença (R\$ mil)
<i>Ano Calendário de 2013</i>	<i>1.185.208</i>	<i>1.091.285</i>	<i>(93.923)</i>
<i>Ano Calendário de 2014</i>	<i>1.135.756</i>	<i>1.171.056</i>	<i>35.300</i>
Total Dedutível	2.320.964	2.262.336	(58.628)

Ou seja, para os anos-calendários de 2013 e 2014, o cálculo do valor de patrimônio líquido com base no Novo Regime Contábil teria implicado aumento de R\$ 58.628.000,00 no limite de dedutibilidade da despesa de JCP, quando comparado com o cálculo adotado pela autoridade lançadora baseado na metodologia do Regime Contábil Anterior.

Portanto, para o ano de 2013, o limite de dedutibilidade de JCP apurado com base no balanço societário produziria um incremento de R\$ 95.923 mil, no limite de dedutibilidade calculado pela RFB no auto de infração. Por outro lado, para o ano de 2014, o limite de dedutibilidade de JCP apurado com base no balanço societário produziria uma redução de R\$ 35.300 mil, no limite de dedutibilidade calculado pela RFB no auto de infração.

Com isso, o cálculo com base no balanço societário produziria um incremento de R\$ 58.623 mil no limite de dedutibilidade da despesa de JCP, quando comparado com o cálculo adotado pela RFB baseado no balanço fiscal.

Ademais, a Recorrente era obrigada a segregar do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio pago na aquisição da Vivo Par, com a indicação do seu fundamento econômico.

De fato, os artigos 21 e 23 da Lei nº 9.249/95 previam a possibilidade de realização de operações pelo contribuinte a valor contábil ou de mercado, a depender do

critério escolhido, o que evidencia a validade do critério adotado e de todos os valores utilizados na operação questionada pelo Fisco.

Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, observada a legislação comercial.

§ 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação a valor de mercado, a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, será considerada ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda devido e da contribuição social sobre o lucro líquido.

§ 3º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, os encargos serão considerados incorridos, ainda que não tenham sido registrados contabilmente.

§ 4º A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no [art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977](#), e no [art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983](#).

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Portanto, entendo que os procedimentos societários e contábeis adotados pela Recorrente não foram anulados.

Ademais, na vigência do Novo Regime Contábil, o registro de ágio em operações realizadas com substância econômica e o envolvimento de partes independentes é legítimo, se sujeitando aos comandos legais do artigo 385 do RIR/99 e do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77., vigente à época dos fatos, conforme abaixo transcrito:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 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.

§ 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.

§ 4º As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

Ou seja, sob o ponto de vista da legislação societária, fiscal e da normatização contábil, inclusive na vigência do RTT, não havia nada que não permitisse que o ágio apurado e pago em operações envolvendo sociedades sob controle comum fosse registrado nas demonstrações contábeis individuais das entidades adquirentes de participações societárias.

A afirmação acima pode levar ao entendimento natural de que se o ágio não foi validado a JCP estaria inflada indevidamente. A fiscalização expressou esse entendimento no TVF:

“E é exatamente essa parcela do capital social artificialmente majorada que tem o potencial de gerar economia tributária, a qual, por compor o Patrimônio Líquido, base de cálculo da remuneração sobre o capital próprio, tem como efeito direto o de elevar ilegitimamente o limite calculado de acordo com o estabelecido no caput do art. 9º da Lei no 9.249/95, acima transcrito, ensejando uma maior despesa de JCP”.

No entanto, o Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 aplicável à incorporação de ações da Vivo Par obrigava o registro do ágio sempre que o preço pago fosse superior ao valor de patrimônio líquido da adquirida, independentemente de a transação ser realizada entre entidades sob controle comum. Isto é, a vinculação entre as partes era irrelevante para fins jurídico-tributários nesse caso.

Destarte, pouco importa se o ágio registrado pela Recorrente pode ou não ser qualificado como “interno ou intragrupo” e se este seria dedutível para fins fiscais no regime da Lei nº 9.532/97. O que é relevante definir é se o valor de patrimônio líquido foi apurado de acordo com as normas contábeis e é adequado. Isto é, se a escrituração contábil da companhia reflete adequadamente as regras e critérios contábeis aplicáveis.

Essa adequação no caso é inequívoca, estando refletida nas demonstrações financeiras auditadas da Recorrente nos últimos anos (incluindo os anos-calendário de 2013 e 2014 objeto de glosa). Não só, as demonstrações financeiras foram devidamente examinadas e aprovadas pela CVM que, como comprovado nos autos, jamais se insurgiu quanto a qualquer aspecto da operação, conforme igualmente atestado pelo parecer do Professor Marcelo Trindade, ex-Presidente da CVM.

O parecer técnico dos Professores Nelson Carvalho e Fernando Murcia juntado aos autos esclarece melhor esse ponto:

Quesito nº 5: Analisando-se o valor do patrimônio líquido da Consulente após a incorporação das ações, há algum ajuste a ser realizado? Resposta: Não. Conforme nossa resposta ao 4º quesito, a prática contábil adotada pela Consulente no tocante ao tratamento contábil dispensando a reestruturação societária envolvendo a incorporação de ações da Vivo Participações S.A. está correta. Portanto, não há qualquer ajuste a ser realizado no patrimônio líquido da Telefônica Brasil S.A.; o mesmo encontra-se adequadamente registrado e mensurado no Balanço Patrimonial. Todos os registros realizados pela Telefônica Brasil S.A. estavam em conformidade com as normas contábeis. Os procedimentos contábeis adotados pela Consulente encontram guarida técnica na Estrutura Conceitual Básica da Contabilidade (Conceptual Framework), no CPC 23 (IAS 8) – Políticas Contábeis, Mudança de Estimativas e Erros, no CPC 15 (IFRS 3) – Combinação de Negócios e também no CPC 26 (IAS 1) – Apresentação das Demonstrações Contábeis. O Parecer “Limp” do auditor independente no ano de 2011 e em exercícios subsequentes, sem qualquer “ressalva” ou “ênfase” demonstra

igualmente a conformidade contábil do patrimônio líquido da empresa. Do mesmo modo, a análise da operação pela Comissão de Valores Mobiliários, sem a respectiva exigência de qualquer ajuste ou republicação das demonstrações contábeis de 2011 e subsequentes evidencia, igualmente, que não há qualquer ajuste a ser realizado no patrimônio líquido da Consulente.

De acordo com o parecer, parcialmente acima transcrito acima, a prática contábil adotada pela Recorrente no tocante ao tratamento contábil dispensando a reestruturação societária envolvendo a incorporação de ações da Vivo Participações S.A. está correta, não havendo ajuste a ser realizado no patrimônio líquido da Telefônica Brasil S.A.; vez que este estava adequadamente registrado e mensurado no Balanço Patrimonial.

O parecer aponta que todos os registros realizados pela Telefônica Brasil S.A. estavam em conformidade com as normas contábeis. Os procedimentos contábeis adotados pela Recorrente encontram guarida técnica na Estrutura Conceitual Básica da Contabilidade.

Do mesmo modo, a análise da operação pela Comissão de Valores Mobiliários, sem a respectiva exigência de qualquer ajuste ou republicação das demonstrações contábeis de 2011 e subsequentes evidencia, igualmente, que não há qualquer ajuste a ser realizado no patrimônio líquido da Recorrente.

Nesse passo, remeto às reflexões a ilustre relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio sobre diferença do ágio para fins econômicos e para fins contábeis, cujo conclusão foi a seguinte:

Diante do exposto, é possível, desde já, estabelecer as seguintes conclusões: a) a legislação fiscal não adotou o conceito ágio utilizado para fins contábeis; b) ainda que tivesse adotado o referido conceito, a própria ciência contábil não tem uma definição precisa sobre a forma de registro do ágio gerado em operações praticadas sob controle comum.

Oportuno transcrever parte do voto da Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio como razões de julgamento do já mencionado acórdão 1402-006.078:

*Antes de respondermos as perguntas acima expostas, é importante respondermos a seguinte questão: **existe diferença de tratamento do ágio no aspecto contábil e fiscal?***

A figura do ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e seu valor patrimonial.

O ágio surge, portanto, se uma das partes se dispõe, por motivos diversos, a pagar por aquele investimento um valor superior ao valor constante do seu patrimônio líquido.

Essa precificação do negócio deve ocorrer em condições normais de mercado (arm's length) o que demandaria a existência de partes independentes. Exatamente por esse motivo, para a contabilidade, o ágio somente poderia existir quando estivessem envolvidas partes independentes, ou seja, quando for resultado de um processo de barganha negocial.

*Todavia, a frequente utilização do ágio em operações de negócios entre empresas sob controle comum, **decorre do fato de que a legislação tributária não adotou***

expressamente o conceito contábil. Como esclarece LUIS EDUARDO SHOUEI em obra dedicada ao tema:

“Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: *embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária.*

(...)

Daí que eventuais lições extraídas da Contabilidade devem ser lidas cum grano salis, visto que surgidas a partir de outro pressuposto (o contábil), não adotado pelo legislador tributário. (SHOUEI, Luís Eduardo – Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), ed. Dialética, 2012, p. 106)

Diante da adoção do Método de Equivalência Patrimonial pelo artigo 248 da Lei nº 6.404/76, a legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas: a) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e b) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aquisição. Vejamos:

(...)

No entanto, a apuração ou amortização contábil do ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria, conforme se verifica pela leitura do artigo 25 do Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25- As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33

As consequências tributárias surgirão apenas com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração de 1/60 decorrente da fórmula prescrita pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 abaixo transcrito:

(...)

Os investimentos permanentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo MEP, mediante a aplicação do percentual de participação na controlada ou coligada sobre o valor do patrimônio líquido da companhia. Apesar de derivar da legislação societária, a segregação e o desmembramento do custo do investimento em valor de equivalência patrimonial e valor de ágio ou deságio foi determinada pela lei fiscal, especificamente o disposto nos artigos 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e 385 do RIR/99.

O legislador tributário poderia ter optado por utilizar o conceito de ágio dos normativos contábeis, caso fizesse apenas referência a este.

No entanto, esta não foi a sua escolha. Ele optou por definir exatamente o que seria “ágio” para fins tributários e quais seriam as formas para o seu reconhecimento. Mais do que isso, ao estabelecer o direito à amortização do ágio, o Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 fez menção expressa ao ágio apurado na forma do Decreto-lei nº 1.598/77, e não ao ágio apurado conforme as normas contábeis ou qualquer outra.

De todo modo, a discussão sobre os pressupostos contábeis ou societários do ágio é relevante quando se identifica a inexistência de uma essência econômica a ele subjacente.

Isso porque, como bem esclarece MARCOS SHIGUEO TAKATA, o ágio é um conceito econômico que produz efeitos jurídicos. Como tais efeitos são relevantes para contabilidade e para o direito societário, tais ramos são importante para fornecer subsídios que identifiquem o referido efeito.

Diante dessa natureza econômica, a contabilidade tem adotado a premissa de que ágios gerados em operações entre entidades sob controle comum são ágios internos; logo não podem ser reconhecidos. Isso porque se o ágio é o sobrepreço que se paga por um negócio jurídico seria imprescindível a existência de um terceiro para que se pudesse justificar a disposição de pagar esse sobrepreço.

(...)

Também é importante observar que, assim como maior parte da doutrina, o STF, no julgamento do RE 606.107-RS, reconhece que, embora a contabilidade para informação ao mercado possa ser tomada como ponto de partida, ela não subordina a tributação. Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do voto da Ministra Relatora Rosa Weber:

Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário.

Concordo com a premissa apontada no voto da Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio do acórdão 1402-006.078, no sentido de que “o legislador tributário poderia ter optado por utilizar o conceito de ágio dos normativos contábeis, caso fizesse apenas referência a este. No entanto, esta não foi a sua escolha. Ele optou por definir exatamente o que seria “ágio” para fins tributários e quais seriam as formas para o seu reconhecimento.

O ágio foi analisado em seus efeitos tributários. Em seus efeitos contábeis ele tem suas peculiaridades.

Essa premissa para o presente caso é determinante. Entendo que **a contabilidade da Recorrente não foi invalidada e** nessa contabilidade foi apoiado o cálculo dos JCP e, por esse motivo, não haveria que ser invalidado necessariamente a JCP.

Entendo, com todo respeito, que o julgamento da CSRF invalidou o aspecto da amortização do ágio, mas não invalidou a contabilidade da Recorrente, sendo que a análise da

amortização do ágio tem legislação tributária própria que não se aplica necessariamente às regras de definição da base de cálculo dos Juros sobre Capital Próprio.

Diante do exposto, concluo que a decisão relativa à infração do aproveitamento de ágio não se aplica ao JCP, estando, portanto, correta a base de cálculo da JCP.

COMPENSAÇÃO DE SALDOS INEXISTENTES DE PREJUÍZO FISCAL E DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL

Em face do lançamento de ofício das infrações descritas no auto de infração, referentes ao ano-calendário de 2013, os saldos de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL apurados pelo sujeito passivo nesse mesmo período foram, no entendimento da fiscalização, integralmente consumidos, resultando na inexistência de saldos para compensação com bases de cálculo positivas dos respectivos tributos no período subsequente (AC 2014), motivo pelo qual as compensações foram glosadas, com a constituição do respectivo crédito tributário.

A Recorrente argumentou que a glosa da compensação de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL do ano-calendário de 2014 tem origem nas amortizações de ágio deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário anterior, evidenciando a relação de decorrência e prejudicialidade entre o mérito da acusação fiscal e a glosa dos prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL.

Considerando que a CSRF confirmou as exigências do IRPJ e da CSLL em relação às amortizações de ágio deduzidas pela Recorrente das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a glosa indevida dos valores compensados no ano calendário de 2014 deve ser mantida.

Tributação reflexa. CSLL.

Entendo que a decisão relativa ao auto de infração referente ao ágio (IRPJ) deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo (CSLL), no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

A Recorrente argumentou que o auto de infração deve ser cancelado por falta de previsão legal que imponha qualquer vedação à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL ou que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ.

Todavia, a Lei nº 8.981/95 determina a aplicação das mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ para a CSLL, conforme abaixo transcrito:

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)” Lei nº 9.430/96:

“Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei. “

Desta maneira, de acordo com a lei, deve ocorrer a mesma aplicação das normas de apuração e pagamento do IRPJ para a CSLL.

De fato, a legislação relativa à CSLL adotou o mesmo disciplinamento contido na legislação do IRPJ quanto ao registro e ao tratamento a ser dispensado ao ágio, inclusive no que concerne à sua amortização (artigos 384 e seguintes do RIR/99).

Ante o exposto, conclui-se que não devem ser acolhidos os argumentos da Recorrente específicos relativos à CSLL, devendo o lançamento da CSLL seguir o decidido quanto ao lançamento de IRPJ.

Multa de ofício qualificada – RECURSO DE OFÍCIO

Recebo o Recurso de Ofício com relação à multa qualificada por estar dentro dos parâmetros de admissibilidade.

No caso de ser vencido na questão da JCP e no caso de ainda haver cobranças subjacentes, entendo que deve ser afastada a multa qualificada, mantendo, assim, a decisão da DRJ que reduziu a multa de 150% para 75%.

A multa foi qualificada em relação aos tributos lançados de ofício por conta da amortização indevida do ágio o qual não foi validado.

De acordo com a fiscalização, a conduta dos atores envolvidos buscou a obtenção de vantagens fiscais ilegais, portanto, ação dolosa.

Todavia, a DRJ julgou favoravelmente à então Impugnante, tendo sido apresentado o respectivo Recurso de Ofício nesse tópico.

Entendo que não há evidente intuito de fraudar vez que a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos.

De fato, não fora demonstrado pela fiscalização a prática de fraude, dolo ou sonegação nas operações realizadas.

Entendo que os eventos foram praticados com transparência, divulgados em fatos relevantes ao mercado e refletidos em documentos públicos, além de contarem com a anuência das autoridades regulatórias, como CVM e ANATEL.

Entendo que a controvérsia do presente caso residiu em divergência quanto à interpretação das normas aplicáveis em torno do reconhecimento e amortização fiscal do “ágio” reconhecido em aquisição de investimento envolvendo sociedades sob controle comum, contingente substancial de acionistas não relacionados tanto da Recorrente como da Vivo Par.

Sem entrar novamente no mérito, entendo que a circunstância de a operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. Entendo que a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo não é relevante para fins fiscais. No mesmo sentido, pode-se afirmar que a questão da dedutibilidade do ágio em operações intragrupo foi defendida pela doutrina e alguma jurisprudência que favoreciam a interpretação da Recorrente.

Alinho-me a corrente no sentido de que existem diversos exemplos na legislação fiscal em que partes relacionadas podem transacionar a valores de mercado. As regras de Preços de Transferência, por exemplo, visam justamente garantir que partes relacionadas operem sempre em valores de mercado, ou seja, com base no princípio *arm's length*, sob pena de serem obrigadas a efetuar ajustes em suas bases tributáveis. Caso, porém, duas empresas vinculadas pratiquem regularmente preços de mercado em suas operações, não haverá qualquer ajuste fiscal adicional a fazer ao fim do ano-calendário.

De fato, os artigos 385 e 386 do RIR - que regulamentam o conteúdo dos artigos 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 - determinam que o ágio fundado em rentabilidade futura da investida pode ser amortizado e as correspondentes despesas deduzidas da apuração do imposto devido, desde que ocorra a aquisição seguida de uma operação de fusão, incorporação ou cisão – o que ocorreu no presente caso.

O que se deve verificar, portanto, com relação ao presente caso seria o “abuso” de direito que a Recorrente teria cometido.

A figura da simulação é prevista no artigo 167 do Código Civil como hipótese de “invalidade do negócio jurídico”. Nos termos do referido dispositivo, são nulos os negócios realizados de forma simulada, sendo que o seu parágrafo primeiro enumera expressamente as situações em que haverá simulação.

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.” (não destacado no original)

Todos os direitos transmitidos ou conferidos nas operações examinadas o foram para as mesmas pessoas (jurídicas) a quem eles estavam sendo transmitidos ou conferidos. Não houve qualquer aparência distinta da realidade. Todas as operações foram devidamente

registradas, tiveram seus efeitos contábeis, fiscais e societários reconhecidos e tiveram suporte em documentação hábil e idônea, colacionada pela Recorrente a estes autos.

Do mesmo modo, não houve nenhum documento, contrato ou qualquer forma de registro feita pela Recorrente que possa conter cláusula ou representação considerada não-verdadeira.

Por fim, nenhum dos documentos foi antedatado ou pós-datado, e esse fato nem mesmo foi questionado pela Fiscalização ou pelas Autoridades Fiscais, nem implícita nem explicitamente.

Entendo que a Recorrente tinha razões empresariais verdadeiras e extra tributárias para praticar as operações examinadas. Isso é importante para que se perceba que, além de não estarem presentes nenhum dos “vícios da vontade” neste caso (conforme enumerados no artigo 167, §1º do Código Civil), também não se poderia falar aqui em simulação como “vício de motivo do negócio”. ou seja, havia razões empresariais que eram, a um só tempo, anteriores e independentes da pura economia fiscal.

O artigo 187 do Código Civil cuida da figura do Abuso de Direito, tratando como ilícito civil a utilização de direito de forma manifestamente excessiva, conforme abaixo:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O Professor MARCO AURÉLIO GRECO explica o artigo 187 do Código Civil e suas distinções (*GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 203-204*):

“(…)

Ou seja, sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar, devendo aceitar os efeitos jurídicos dos negócios realizados.

Como se vê, o Fisco não pode interpretar os negócios privados como bem entender, apenas com o intuito de enquadrá-los na hipótese tributariamente mais onerosa. Não é isto que estou sustentando.

No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo: neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

Sublinhe-se que, com esta conclusão, não estou dizendo que o contribuinte é “obrigado a optar pela forma mais onerosa”, ou que deverá “pagar o maior imposto possível”. Não!

Conforme diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo “predominantemente”, pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apóia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!” (não destacado no original)

De fato, todas as operações societárias realizadas, além de admitidas na legislação, foram reais, usuais e comuns, não tendo, ao meu olhar, simulação no caso concreto.

Assim, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício, voto pela procedência da impugnação em relação à qualificação da multa de todas as infrações relativas a ágio, mantendo-a no percentual de 75%.

Da Incidência de juros sobre a multa de ofício e aplicação da Selic

A Recorrente contestou a incidência de juros sobre a multa de ofício, sob o argumento de que tal exigência não encontra amparo legal, visto que a legislação que rege a matéria autorizaria a incidência desses consectários somente sobre o valor do tributo ou contribuição. Essa matéria já está Súmula no CARF, conforme abaixo transcrito:

Súmula CARF nº 108 Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Portanto, corretamente exigidos os juros de mora calculados com base na taxa Selic.

Ante o exposto, conclui-se que não devem ser acolhidos os argumentos da impugnante específicos relativos à CSLL, devendo o lançamento da CSLL seguir o decidido quanto ao lançamento de IRPJ.

Voto no sentido de negar provimento ao Recurso de Ofício para manter a redução da multa de ofício de 150% para 75%, bem como voto para dar parcialmente provimento ao Recurso Voluntário com relação a validação da base de cálculo da JCP e voto para negar provimento ao Recurso Voluntário nos demais itens.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Redator Designado

O Colegiado, por maioria de votos de seus membros, negou provimento ao recurso voluntário interposto pela recorrente em relação à infração **dedução de despesas de Juros sobre o Capital Próprio (JCP)**, tendo em vista a majoração de sua base de cálculo ocasionada pela contabilização de ágio glosado pela Autoridade Fiscal e com decisão definitiva na esfera administrativa (CSRF), cabendo a este Conselheiro trazer a posição vencedora da votação.

Nesse contexto, em que pese o sempre brilhantismo presente nos votos do Conselheiro Relator, Ricardo Piza Di Giovanni, que pugnou pelo provimento do pedido da contribuinte, desse entendimento ousou divergir por fazer uma leitura diferente dos fatos e da matéria de direito que o tema “despesas de JCP” envolve, não só em casos de utilização de valores de períodos pretéritos em eventos futuros (fora do período de competência) como, especificamente neste caso concreto aqui analisado em que claramente a recorrente utilizou base de cálculo inflada para apuração dos referidos juros, contrapondo-os ao resultado do exercício, reduzindo a tributação de IRPJ e de CSLL..

Relembrando, a acusação fiscal é clara e foi bem resumida pelo voto condutor do Conselheiro Ricardo:

“Retomando os fatos especificamente quanto aos Juros sobre Capital Próprio e demais matérias subjacentes, em 14/12/2018 foi lavrado o auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 1073/1084), e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 1085/1094), contra o sujeito passivo, Telefônica Brasil S.A., **em função de Excesso de Juros sobre Capital Próprio; de valores não amortizáveis relativos ao aproveitamento fiscal dos encargos de amortização de ágio interno;** de seus reflexos em CSLL; e de Prejuízo fiscal e Base negativa compensados indevidamente. Houve exigência da Multa de Ofício no percentual de 150%.

Portanto, trata-se de Auto de Infração no qual a fiscalização alega que, nos anos calendários de 2013 e 2014, a contribuinte, cometeu as seguintes infrações:

a) Amortização indevida de ágio relativa ao IRPJ e CSLL;

b) Glosa dos Juros sobre Capital Próprio como reflexo da glosa relativa à amortização do ágio.

(...)

Em 27 de outubro de 2014, foi aberto procedimento de fiscalização o qual apurou os efeitos tributários da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, pela então Telesp (hoje Telefônica Brasil S/A) ocorrida em 27/04/2011.

A fiscalização concluiu pela inexistência de ágio amortizável decorrente da citada operação de incorporação de ações e glosou para fins fiscais as amortizações contabilizadas pela impugnante. Tal glosa, no entendimento da

fiscalização, refletiu no cálculo dos Juros sobre Capital próprio e no aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa.

Com relação à Infração Excesso de Juros sobre o Capital Próprio (fls. 1059), fundamentou a fiscalização que em razão do indevido reconhecimento contábil do ágio interno, decorrente da superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na “autocontratada” operação de incorporação de ações, houve indevida majoração do Patrimônio líquido, base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP)”.

(destaques acrescidos)

Então, de plano, já se delimita o teor deste voto: verificar a procedência da autuação fiscal que glosou as despesas com os juros sobre capital próprio (JCP) apurados pela contribuinte com suporte em Patrimônio Líquido que continha contas contábeis infladas pelos lançamentos de ágio presentes em ações fiscais anteriores contra ela realizadas e já com decisões definitivas na instância administrativa (CSRF).

Em outro dizer, não se questiona aqui neste voto a amortização de ágio presente neste processo, mas a apropriação das despesas dos JCP, em contraposição ao resultado do exercício e diminuição dos valores de IRPJ e de CSLL como feito pela recorrente, ao revés da posição do Fisco que glosou tais dispêndios.

Em outro exprimir, de acordo com a Autoridade Fiscal, houve uma apuração a maior de despesa de JCP, por conta da majoração ocorrida no patrimônio líquido decorrente do registro contábil do ágio interno relativo à infração anterior e, em razão disso, foi expurgada da base de cálculo dos juros, **a parcela do patrimônio líquido indevidamente acrescida do ágio interno glosado.**

Em sua defesa a recorrente traz longo arrazoado, junta parecer doutrinário dos Professores Nelson Carvalho e Fernando Murcia e parecer técnico da Deloitte, tudo com o objetivo de atestar a correção de seu procedimento.

Resumidamente, tanto os pareceres, como a linha argumentativa da recorrente e a posição do voto do I. Relator Ricardo partem da premissa de que os lançamentos de “ágio”, em contrapartida a contas do PL, presentes nos processos anteriores que envolvem o mesmo tema e a mesma contribuinte, seriam válidos.

Ocorre que **não foram**, inclusive em derradeira instância administrativa.

Desse modo, nem se discute aqui a validade do ágio, ou seja, a origem do aumento do patrimônio líquido, base para cálculo dos JCP, assunto já superado.

A discussão aqui é tão somente se estas despesas de JCP poderiam ter sido apuradas com o PL inflado ou não.

Evidentemente a resposta é negativa.

Como sabidamente se reconhece, as despesas com os JCP tiveram permitida sua dedução das bases imponíveis do IRPJ e da CSLL com o nascimento da Lei nº 9.249/1995, artigo 9º:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata die, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996) (Produção de efeito)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

§ 4º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, serão consideradas exclusivamente as seguintes contas do patrimônio líquido: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - capital social; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - reservas de capital; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - reservas de lucros; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

IV - ações em tesouraria; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

V - prejuízos acumulados. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

~~§ 9º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996) (Produção de efeito)~~

~~§ 10. (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)~~

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 12. Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, a conta capital social, prevista no inciso I do § 8º deste artigo, inclui todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Ou seja, a BASE DE CÁLCULO para apuração é assumida a partir das contas do Patrimônio Líquido (§ 8º acima), o que, a princípio, poderia levar a entender, como fez a recorrente, que contendo tais rubricas contábeis os saldos no fechamento do Balanço e apuração dos JCP, nada haveria de irregular em sua ação.

Linha defendida nos pareceres juntados pela recorrente e pelo próprio Relator Ricardo quando assenta em seu voto que, “no presente caso, na análise da JCP, principalmente porque não fora identificada uma artificialidade na contabilidade da Recorrente”, e que, “A contabilidade da Recorrente foi transparente e auditada, ou seja, o aumento do capital social refletiu o valor de mercado da Vivo Par”.

Em suma, por não ter sido “desclassificada”, a contabilidade aproveitaria à recorrente, operando a seu favor.

Isso é vero, em termos.

Explico.

Não se discute aqui, não se discutiu na DRJ e nem na Câmara Superior do CARF e em momento algum do procedimento fiscal que a contabilidade da recorrente estivesse eivada de falhas que a tornaria imprestável. Muito ao contrário!

O que o Fisco apontou e a decisão final e terminativa prolatada na esfera administrativa acerca do “ágio” é que, ENTRE a legislação societária (comercial) e a fiscal, há diferenças que devem ser ajustadas, procedimento absolutamente corriqueiro e de conhecimento de todos os contribuintes, inclusive os de pequeno porte.

Em outro dizer, a contabilidade, enquanto ciência, se desenvolvida com todos os seus preceitos e normas é intocável e irretocável, não podendo o Fisco nela se imiscuir.

Nessa senda, faz prova a favor da entidade.

Entretanto o que o Fisco pode questionar é SIM!, os ajustes que a legislação tributária impõe e que deixaram de ser feitos. Nesse momento, a ação fiscal é inquestionável e visa proteger a própria sociedade politicamente constituída contra artifícios que, ainda que realizados sem dolo, possam afetar as bases imponíveis dos tributos, sua apuração e recolhimento ao Erário.

Resumindo, se a recorrente entendeu que deveria apurar ágio de si mesmo e chegar a um “plus” no seu ativo (com contrapartida no PL), nada mais natural que sua contabilidade refletisse esse pensamento, mesmo sendo um entendimento claramente equivocado como visto ao longo do tempo em diversas decisões e neste mesmo processo.

Enfim, não teria sentido algum que a recorrente realizasse todo o trabalho de apuração da mais valia, acreditasse nela, pagasse por tal trabalho e não a contabilizasse, inobstante o erro desde sua origem.

Desse modo, não há o que se falar em desclassificar a contabilidade, o que não significa que a sua não desclassificação faça prova a seu favor, simplesmente porque há vício na origem, como bem pontuado pela decisão de 1º Piso, **“É impossível, conceitualmente, admitir-se uma aquisição na qual o dono permaneça o mesmo. Não há aquisição de coisa em negócio consigo mesmo”**

No caso aqui tratado do ágio (e já julgado definitivamente), consoante exprimir da CVM (OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007), **“não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo”**, ou em linguagem do cotidiano, ninguém adquire aquilo que já lhe pertence.

Em suma, o ágio interno não convence porque seus argumentos são imponderáveis ou no dizer do ofício CVM configura sofisma formal e, portanto, é inadmissível.

Então, repise-se, ainda que perfilando contra a majoritária corrente que diverge do seu entendimento, a recorrente realizou procedimento de típico ágio interno, deveria, para fins fiscais, tê-lo desconsiderado, realizando as adições prescritas pela legislação.

Não o fez, sujeitando-se aos lançamentos a ela imputados.

Consequentemente, negado o direito ao ágio (fiscalmente falando), suas consequências, inclusive na contrapartida ao PL, com aumento do saldo de contas ali presentes e posterior aumento de capital social, ainda que possam ser tidas e utilizadas pela recorrente para pagar JCP a seus acionistas (decisão de caráter privado que foge à alçada da intervenção do Fisco), tal fato não lhe dá aval de regularidade sob a ótica da legislação tributária.

Explicando, o PL pode ter sido inflado e sobre suas contas se calcular e pagar JCP, procedimento intramuros da contribuinte. **Mas sua dedução como DESPESA deve se ater ao cálculo dos saldos das rubricas já depurados dos valores indevidamente lançados, fruto de um ágio que, sob a ótica fiscal, foi contestado e afastado.**

Em síntese, INEXISTIU sob a ótica fiscal.

Em outro dizer, ainda que a recorrente tenha calculado e pago (creditado) JCP e lançado os valores como “despesas”, estas deveriam ter sido adicionadas às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL para fins de apuração destes tributos.

Procedimento absolutamente banal, no cotidiano das empresas, ou seja, uma despesa que é despesa (técnica e contabilmente falando), mas que é indedutível para fins fiscais.

Como, por exemplo, uma multa de ofício que deve ser contabilizada como despesa (porque efetivamente despesa é), mas que não pode ser tida como dedutível, impondo sua adição nos ajustes das bases de cálculo dos tributos sobre o lucro.

Resumindo e concluindo, de acordo com a Autoridade Fiscal, houve uma apuração a maior de despesa de JCP, por conta da majoração ocorrida no patrimônio líquido decorrente do registro contábil do ágio interno relativo à infração anterior. Em razão disso, a Autoridade Fiscal expurgou da base de cálculo do JCP a parcela do capital social indevidamente acrescida do ágio interno glosado.

Nada mais natural, simples assim, posto se tratar de operação entre partes dependentes, razão pela qual esses valores não podem ser utilizados para o acréscimo patrimonial (base de cálculo do pagamento de JCP).

Acresça-se que foi exatamente essa a conclusão do Acórdão 1.302-003.381 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 22 de janeiro de 2019, ao analisar o reflexo desta mesma operação na apuração do JCP, ano-calendário 2011, no processo 16561.720225/2016-36, da mesma recorrente:

É que, tendo ficado assentada a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente, a sua consideração para o acréscimo dos valores patrimoniais das Companhias envolvidas e como base de cálculo do pagamento de JCP aos seus acionistas, implica, necessariamente, na conclusão de

que tais despesas são absolutamente desnecessárias e não podem reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Concluindo e lançando mão de linguagem coloquial, **se o principal (ágio) está morto, sepultada está sua consequência (o inchaço das contas do PL).**

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário nesta matéria, ratificando a decisão recorrida e mantendo os lançamentos e os **valores tributáveis** desta rubrica na forma como apurados e perpetrados pelo Fisco, nos montantes de R\$ 646.714.761,13 (31/12/2013) e R\$ 920.943.707,75 (31/12/2014)

É como voto

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone