



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720225/2016-36
Recurso Especial do Contribuinte
Resolução nº **9101-000.116 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 7 de março de 2023
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente TELEFÔNICA BRASIL S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento 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. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão 1302-003.381, de que recebeu as seguintes ementa e decisão:

Acórdão recorrido 1302-003.381

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

Fl. 2 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

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 consequências fiscais.

ÁGIO INTERNO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. MAJORAÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

As despesas com pagamentos de juros sobre o capital próprio que tenha como base o patrimônio líquido do contribuinte indevidamente majorado, por meio da contabilização de suposto ágio decorrente de operação intragrupo, deve ser excluída da apuração do Lucro Real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

PARECER TÉCNICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DO DIREITO ALEGADO. INTERPRETAÇÃO DO § 4º, ART. 16 DO DEC. Nº 70.235/72. JUNTADA APÓS RECURSO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE

A juntada de parecer técnico pelo contribuinte após a interposição de recurso voluntário pode se admitida, neste caso, pelo fato de não constituir prova essencial na qual se funda o direito da contribuinte. Sem inovar, visa corroborar com as razões já apresentadas pela recorrente, em defesas anteriores.

FRAUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE.

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.

Fl. 3 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer de laudo técnico juntado aos autos após a interposição de recurso voluntário, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo (relator), Carmen Ferreira Saraiva e Maria Lúcia Miceli e, no mérito, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização de ágio e das despesas de JCP (exigências de IRPJ/CSLL), vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou com o relator pelas suas conclusões quanto à glosa do JCP. E, por unanimidade de votos, em negar provimento quanto ao pedido de compensação de IRRF e, ainda, por maioria de votos, em negar provimento quanto à incidência de juros Selic sobre a multa, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, que solicitou a apresentação de declaração de voto. E, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rogério Aparecido Gil quanto ao conhecimento do documento juntado aos autos após o recurso.

Esse processo administrativo decorre da lavratura de autos de infração para a exigência de IRPJ e CSLL sobre glosas de despesas com (1) amortização de ágio e (2) Juros sobre o Capital próprio (JCP), incorridas pela Recorrente no ano-calendário 2011, com acréscimo de juros e multa de ofício qualificada.

Quanto ao JCP, a autoridade fiscal acusou que o indevido reconhecimento do ágio interno teria implicado a superestimação simultânea dos patrimônios das empresas envolvidas na transação, com a indevida majoração da base de cálculo dos JCP, tendo refeito a apuração, a partir dos valores registrados no balanço patrimonial levantado em 31/12/2010 e da mutação patrimonial ocorrida em 27/04/2011, em decorrência da incorporação de ações, expurgando os reflexos do ágio interno.

O acordão recorrido manteve as glosas mas cancelou a qualificação da multa, seguindo nessa parte da decisão já tomada pela DRJ.

A Fazenda Nacional foi notificada dessa decisão e não apresentou recurso.

A contribuinte primeiramente opôs embargos de declaração, alegando os seguintes vícios:

- a) Omissão quanto a argumentos da embargante - Incompetência da RFB para questionar a contabilidade frente a competência da CVM;
- b) Omissão quanto a argumentos da embargante - Vigência do RTT e inaplicabilidade dos normativos contábeis citados pela autoridade fiscal;
- c) Omissão quanto a argumentos da embargante corroborados por pareceres contábeis de professores da USP e orientações de auditores independentes;
- d) Omissão acerca de elementos que demonstram a comutatividade da transação;
- e) Omissão quanto a argumentos da embargante acerca do efetivo pagamento pela aquisição das ações da VivoPar;
- f) Omissão quanto a argumentos da embargante acerca dos acionistas minoritários e o ágio interno;
- g) Omissão quanto a argumentos relativos à glosa de despesas de JCP e
- h) Contradição na análise acerca da existência de pagamento.

Fl. 4 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

Os embargos de declaração foram rejeitados por despacho de Presidente de Turma.

A contribuinte então apresentou recurso especial, em que aponta divergência de interpretação jurisprudencial em relação aos seguintes temas:

- 1) Dedutibilidade de “ágio interno”, em face do paradigma 1301-001.297;
- 2) Dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações, em face dos paradigmas 1301-001.297 e 1402-003.576;
- 3) Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários, em face do paradigma 1201-002.245;
- 4) Dedutibilidade de despesas de JCP, em face dos paradigmas 1301-001.297 e 1101-000.942.

Em 14 de outubro de 2019, Presidente de Câmara atestou a tempestividade do recurso especial e deu-lhe seguimento, mas sem a subdivisão de argumentos quanto à glosa de despesas com amortização de ágio, e portanto analisando apenas os paradigmas 1301-001.297 e 1402-003.576 quanto a essa matéria, tendo admitindo ambos. Para o tema do JCP, foi admitido como paradigma apenas o acórdão 1301-001.297.

Destaco trechos do despacho de admissibilidade, nas partes em que foi dado seguimento ao recurso especial (grifos do original):

(...)

Todavia, no manejo do Recurso Especial em relação ao tema “**1ª glosa de despesas de amortização de ágio**”, a Recorrente promove uma “sub-divisão” em 3 (três) sub-temas: (i) Dedutibilidade de “ágio interno”; (ii) Dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações; e (iii) Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários, indicando, para tanto, 3 (três) decisões à guisa de paradigmas. Diante disso, é necessário perquirir se o voto proferido no acórdão recorrido efetivamente promoveu essa sub-divisão e adotou esses diversos fundamentos autônomos para decidir a matéria.

Caso isso não tenha ocorrido, serão analisados apenas os 2 (dois) primeiros paradigmas indicados, em observância a limitação regimental que determina a apreciação de até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

Passo ao exame.

1ª Divergência: glosa de despesas de amortização de ágio.

Neste processo o acórdão recorrido pronunciou-se sobre lançamentos para exigência de IRPJ e CSLL sobre glosa de despesas com amortização de ágio oriundo da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A pela então **TeleSp** (hoje a Recorrente TELEFÔNICA BRASIL S/A), cujos encargos de **amortização** foram reputados indedutíveis pela autoridade fiscal e que teriam reduzido ilegalmente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da Recorrente.

As operações que redundaram no surgimento do ágio tiveram início quando as pessoas jurídicas envolvidas se encontravam debaixo de controle comum da empresa espanhola Telefónica S.A., em que foram acordadas as condições da operação de incorporação da totalidade das ações da Vivo Participações S/A ao patrimônio da TELESP, ora TELEFÔNICA.

A autoridade fiscal considerou que as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas internas fornecidas pela sua própria administração, e não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas, uma vez que a empresa avaliada VIVO era

Fl. 5 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador da TELEFÔNICA BRASIL, incorporador das ações da Vivo Participações S/A.

Ao julgar essa infração, o voto condutor do acórdão recorrido primeiramente analisa a legislação tributária que rege o tema – item “I.2. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO - Tratamento na legislação tributária.” Em seguida passa a discorrer sobre o ágio na legislação contábil e a “repulsa” daquele denominado “ágio interno”.

Para justificar a não admissão de ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, também tomou por fundamentos de decidir normas e procedimentos contábeis, pronunciamentos da CVM e do CFC e estudos doutrinários, todos convergindo para o entendimento de que o ágio interno não é aceito, nem no âmbito fiscal/tributário, quanto no âmbito contábil. Isto porque, segundo entende, o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill), gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo em razão de ser um recurso não identificável, totalmente controlado pela entidade que pode mensurá-lo de acordo com sua própria avaliação.

Na sequência, passa a pronunciar-se sobre a indedutibilidade do ágio em questão, do IRPJ e da base de cálculo da CSLL, por considerar que o ágio surgiu numa operação entre os próprios acionistas do grupo econômico, sem a intervenção de partes independentes, mediante uma valorização promovida internamente pelos próprios interessados e beneficiados, sem qualquer desembolso por aquisição de participação societária, e sem que se levasse em conta a opinião de acionistas minoritários. Observe-se pelos seguintes trechos do voto:

Do caso concreto

No caso sob análise, na forma do Protocolo de Incorporação de Ações de fls. 124 a 132, a Recorrente (então denominada TELECOMUNICAÇÃO DE SÃO PAULO S.A. TELESP) acordou a Incorporação de Ações da Vivo Participações S.A.

As duas empresas, como já relatado, estavam debaixo do controle da Telefônica S.A, integrando o mesmo Grupo, conforme reconhecido por elas, no Requerimento à Anatel de fls. 234 a 241:

[...]

Pelo ajuste, as referidas Companhias acertaram que a TELESP promoveria aumento de capital equivalente ao valor de avaliação da Vivo, enquanto os acionistas desta última empresa receberiam, em substituição às ações da Vivo, novas ações de emissão da TELESP, conforme trechos a seguir:

[...]

Fica patente, portanto, pelo referido Protocolo, que a operação se deu sem qualquer sacrifício financeiro por parte da TELESP, mediante mera troca de ações.

A TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil, conforme a seguir demonstrado:

[...]

A operação, contudo, faz surgir no patrimônio da TELESP o ágio objeto de discussão no presente processo, o qual derivou de avaliação realizada pela empresa Planconsult, **a partir de informações exclusivamente fornecidas pela Vivo**, conforme constante do Laudo de Avaliação e bem destacado pelo TVF de fls. 2.231 a 2.278

[...]

Fica patente, portanto, a dissociação entre os fatos concretos e a hipótese normativa que permite a amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 12.973, de 2014.

Fl. 6 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

É que, como afirmado, o primeiro pressuposto para a referida amortização é a existência de um ágio pago por ocasião da aquisição de investimento em participação societária.

Como visto, porém, a TELESP não pagou qualquer ágio pela Incorporação das Ações da Vivo. Tão somente aumentou o seu capital e emitiu novas ações que foram repassadas aos acionistas desta última Companhia.

Estando as duas Companhias, como já dito, debaixo do mesmo controle societário, a operação não proporcionou nenhum sacrifício, nenhum "pagamento" de ágio.

A par disso, o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica, e foi acatado sem questionamento pela Incorporadora, parte da mesma organização societária, visto que isto lhe produziria evidentes benefícios tributários.

[...]

O suposto "ágio", portanto, jamais poderia impactar a apuração do IRPJ e da CSLL, posto que, como já fartamente demonstrado, à luz da doutrina e legislação contábil, sequer poderia ser mantido na contabilidade, devendo ser baixado.

[...]

Igualmente, a alegação da Recorrente de que haveria o envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), o que a validaria, não merece ser acolhida.

[...]

Ou seja, não apenas os acionistas minoritários se encontravam em posição em que não podiam interferir substancialmente no negócio entabulado, como também foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações, de modo que não possuíam interesse em contrapô-lo.

[...]

A decisão recorrida, deste modo, revela-se irretocável, pelo que deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário quanto a tal tópico.

Como se nota, o acórdão recorrido, analisando a operação em sua integralidade, adotou um único fundamento para considerar o ágio indedutível, e que se refere ao ágio surgido dentro de um mesmo grupo econômico, em operação de acionistas com eles mesmos, sem que tenha havido uma compra efetiva de participação societária e sem interferência dos acionistas minoritários.

O voto ora recorrido não promoveu a sub-divisão da matéria, da forma como apresentada pela defesa na peça recursal.

Em razão disso, e em estrita observância aos mandamentos regimentais, serão analisados apenas os 2 (dois) primeiros paradigmas indicados pela Recorrente, no caso o Acórdão nº 1301-001.297 e o Acórdão nº 1402-003.576.

O primeiro paradigma registrou a seguinte ementa:

Acórdão nº 1301-001.297

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

Ementa:

ÁGIO INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EMPRESAS DO MESMO GRUPO. O registro foi expressamente admitido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, não podendo a administração tributária recusar-lhe os efeitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.542/97.

A incorporação, da pessoa jurídica para a qual foi transferido o investimento, pela pessoa jurídica investida, implica realização prevista no § 1º do art. 36

Fl. 7 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

(baixa a qualquer título), fazendo cessar o diferimento do valor controlado no LALUR. A hipótese não se encontra abrangida pela exceção prevista no § 2º do artigo, por não ocorrer transferência da participação ao patrimônio de outra pessoa jurídica, mas sua extinção por confusão patrimonial entre investidora e investida.

O relatório que antecede o voto proferido neste paradigma explica que tratou-se de lançamentos de IRPJ e de CSLL, em virtude de glosa de despesa de ágio, e bem sintetiza os fatos ali analisados:

Os lançamentos tributários em referência tiveram por base os seguintes fundamentos:

- i) a despesa glosada está representada pelo denominado ÁGIO INTERNO, isto é, ágio de si próprio;
- ii) no contexto da reorganização societária empreendida, a ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. Enquadra-se como “empresa de passagem”, vez que teve como finalidade unicamente transferir o ágio à ZANOTTI S/A;
- iii) na operação, não ocorreu qualquer pagamento referente ao ágio, havendo tão somente reavaliação a preço de mercado e contabilização do ágio dela decorrente;
- iv) tanto para doutrina, quanto para a legislação tributária, os pressupostos do ágio são: a) participação societária e; b) fundamento econômico do ágio, pressupostos esses que não foram atendidos no caso vertente; e
- v) o reconhecimento, na contabilidade, do resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, isto é, sob a mesma vontade, representa geração artificial deste resultado.

Sobre essa operação, o voto vencedor proferido neste paradigma consignou que a legislação de regência “...em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem exige que para a sua formação o investimento seja feito com desembolso de dinheiro e a necessidade de substância econômica.”

Lembrou que o fundamento da autuação foi a impossibilidade de amortização do ágio quando: a) não há um pagamento em dinheiro decorrente de uma operação de compra e venda e, b) quando o ágio é gerado envolvendo pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico, em virtude da vedação existente na “teoria contábil”.

Ponderou que a ausência de pagamento em dinheiro não é suficiente para invalidar o ágio, pois entende que a aquisição de participação societária pode se dar por qualquer forma de transferência de patrimônio, como permuta, dação em pagamento ou doação e não necessariamente só o pagamento em dinheiro.

Também refutou a acusação de indedutibilidade do ágio por ter sido gerado dentro de um mesmo grupo econômico, registrando que “...De fato, a lei em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem tampouco exige que a aquisição do investimento seja feita com desembolso em dinheiro (art. 20 do Dec. 1.598/77), bem como, não trouxe qualquer impedimento quanto a sua amortização. Ao contrário, expressamente a autorizou (art. 7º. da Lei 9.532/97).”

Ademais, quanto à razão de que a teoria contábil não aceitaria ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, observou que essas disposições do CFC somente seriam aplicáveis a partir de 2010 e, pelo princípio de irretroatividade, não poderiam alcançar os anos-calendário tratados.

Em resumo, consignou:

Constata-se, assim que a acusação imputada à recorrente tem como fundamento legal: a “teoria contábil”, normas contábeis posteriores ao ano de ocorrência dos

Fl. 8 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

fatos geradores anos de 2004 e 2005 e, a partir daí foi construído um raciocínio que levou à conclusão, pela autoridade fiscal, de que se tratava de despesa indedutível considerada como tal de acordo com o art. 299 do RIR/1999. Foram citadas, ainda, os dispositivos do art. 385 e 386 do RIR/1999 que tratam da dedução de despesa a título de ágio.

É importante esclarecer que por existir na lei previsão específica para a dedutibilidade da despesa de ágio, ex vi dos arts. 385 e 386 do RIR/1999, que têm como matriz legal o art. 20 do Decreto-Lei n.º 1598/1977 e a Lei n.º 9.532/1997, devem estes dispositivos ser observados em decorrência do princípio da legalidade fiscal, pois de outra forma macularia a ordem jurídica e jurisprudência criar exigências para limitar direitos aonde a lei não restringiu (...)
[...]

Assim, diante da impossibilidade, para fins fiscais, da aplicação das regras contábeis que tratam da escrituração e apuração envolvendo empresas de um mesmo grupo, sobretudo após as alterações promovidas pelas Leis n.ºs 11.638/2007 e 11.941/2009, bem pode-se concluir que o reconhecimento do ágio mesmo se tratando do chamado “ágio interno” está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 e devem gerar todos os efeitos fiscais deles decorrentes.

Este paradigma logrou caracterizar a divergência arguida, eis que, analisando operação de surgimento de ágio semelhante àquela apreciada pelo acórdão recorrido, dentro de um mesmo grupo econômico, a partir de uma avaliação de ações interna, em que não houve um efetivo desembolso em espécie, mas somente incorporação de ações, decidiu pela dedutibilidade do ágio por considerar que a lei não veda a dedutibilidade de ágio nessas condições.

O paradigma seguinte tem a seguinte ementa:

Acórdão n.º 1402-003.576

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PARA FINS DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL.

A incorporação de ações é operação societária por intermédio da qual a totalidade das ações de emissão de uma sociedade anônima é incorporada ao patrimônio de outra companhia, convertendo aquela em subsidiária integral desta. O ágio absorvido pela controlada quando da incorporação da controladora considerar-se-á adquirido e, portanto, passível de amortização dedutível para fins do imposto de renda, desde que tal ágio esteja justificado por laudo de avaliação expedido por empresa especializada independente com base em rentabilidade futura.

PAGAMENTO DO ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. COMPROVAÇÃO. PREÇO DE EMISSÃO DAS AÇÕES BASEADO EM LAUDO DE AVALIAÇÃO.

É exatamente o preço de emissão das ações da incorporadora e sua transferência aos titulares das ações incorporadas que representa o pagamento do ágio na incorporação de ações. O preço de emissão deverá estar fundamentado em valor patrimonial, de mercado ou de rentabilidade futura. Na hipótese de ter sido aprovada em assembleia geral a emissão por preço de mercado ou de rentabilidade futura, a comprovação do pagamento somente é possível mediante a apresentação de laudo de avaliação destas ações elaborado por empresa especializada e independente.

DECADÊNCIA. ÁGIO. TERMO INICIAL. AMORTIZAÇÃO.

Fl. 9 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

É pacífico neste Colegiado que, para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN. Portanto, a contagem do prazo decadencial deve se dar, não a partir da formação dos ágios, mas sim de sua efetiva amortização.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A jurisprudência atual desta Corte é unânime em reconhecer a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício que compõe o crédito tributário a partir do vencimento do lançamento até o pagamento (Acórdão 9101-002.180, CSRF, 1ª Turma; Acórdão 9202-003.821, CSRF 2ª Turma; Acórdão 9303-003.385, CSRF, 3ª Turma).

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Aqui também, a razão para a glosa de despesas com ágio foi a ausência de efetivo pagamento em espécie pela mais valia, tendo havido incorporação de ações. Da mesma forma, a avaliação, com base em rentabilidade futura, decorreu de emissão de ações da própria companhia, gerando “ágio de si mesma”.

Neste caso, o lançamento já havia sido exonerado pela autoridade julgadora de 1ª instância, que apresentou Recurso de Ofício. Ao julgá-lo, o voto proferido no paradigma acatou as razões de decidir da turma de 1ª instância, e concluiu:

Conclui corretamente a decisão *a quo*, que a incorporação de ações é um instituto jurídico típico do Direito Societário com especificidades próprias tratadas no art. 252 da Lei n.º 6.404, de 1976, as quais foram criadas para melhor viabilizar a formação de subsidiária integral. Operacionaliza-se mediante aumento de capital na incorporadora e subscrição e integralização das ações emitidas por intermédio de transferência, ou melhor, alienação de ações pela sociedade incorporada mediante autorização legal.

No âmbito deste Conselho, o posicionamento dado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) também foi no sentido de que a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo, dando provimento ao recurso da Fazenda Nacional contra decisão das câmaras baixas daquele órgão. A ementa do acórdão n.º 9202-00.662, de 12 de abril de 2010, está transcrita a seguir:

[...]

Entendo correto o entendimento da decisão de piso no que se refere a natureza jurídica da incorporação de ações, e portanto, houve efetiva aquisição pela incorporadora (Cia Sat Participações) das ações da incorporada (Ale Combustíveis).

Tendo em vista que a controladora Cia Sat Participações foi posteriormente incorporada pela controlada Ale Combustíveis (subsidiária integral), esta última,

Fl. 10 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

passou a fazer jus à dedução da amortização do ágio existente quando da aquisição desta empresa por aquela na oportunidade da operação de incorporação de ações, na forma dos arts. 385 e 386 do RIR/99.

Por estas razões, voto pela improcedência do recurso de ofício.

Este paradigma também apreciou glosa de despesa de ágio promovida em razão de não ter havido efetivo pagamento, mas mera incorporação de ações, dentro de um mesmo grupo empresarial. Como se nota da conclusão do julgado, esta colide com entendimento manifestado pelo acórdão recorrido em relação à acusação semelhante, o que caracteriza a divergência suscitada.

Caracterizada a divergência jurisprudencial, nesta matéria deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

2ª Divergência: dedutibilidade de despesas de JCP.

De acordo com o relato da decisão atacada, em razão de a autoridade fiscal ter considerado indevido o reconhecimento de ágio interno, o fato teria também implicado na superestimação simultânea dos patrimônios das empresas envolvidas na transação, considerando indevida majoração da base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP).

Assim, tendo em vista que considerou que o sujeito passivo não conseguiu demonstrar o cálculo das despesas com JCP constantes da apuração do Lucro Real, refez a apuração, a partir dos valores registrados no balanço patrimonial levantado em 31/12/2010 e da mutação patrimonial ocorrida em 27/04/2011, em decorrência da incorporação de ações, expurgando os reflexos do ágio interno. O excesso entre o valor apropriado como despesa e aquele determinado pela autoridade fiscal foi considerado excesso de despesas, no lançamento de ofício.

Ao apreciar a infração, o voto ora recorrido assim se pronunciou:

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.

Vislumbra-se que a decisão entendeu haver uma relação de consequência entre a infração de indedutibilidade do ágio, e a indedutibilidade de despesas com JCP. Assim, uma vez mantida a primeira infração, deveria ser mantida a infração decorrente daquela, já que as despesas com JCP são consideradas desnecessárias nessas condições.

Há que se ressaltar, novamente, que o voto ora recorrido, para justificar a não admissão de ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, também tomou por fundamentos de decidir normas e procedimentos contábeis, pronunciamentos da CVM e do CFC e estudos doutrinários, todos convergindo para o entendimento de que o ágio interno não é aceito, nem no âmbito fiscal/tributário, quanto no âmbito contábil.

Fl. 11 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

E também entende que o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo por não ser um recurso identificável, e pode ser mensurado de acordo com a vontade do grupo.

A primeira decisão apresentada para comparação para este tema é mesma apresentada para o tema anterior - Acórdão nº 1301-001.297 - cuja ementa já foi transcrita linhas atrás. Da mesma forma, já foram descritos os fatos apreciados por esta decisão paradigma, concluindo-se pela similaridade com os fatos apreciados pelo acórdão recorrido.

Este paradigma, com efeito, deduziu longo arrazoado no sentido de que as normas contábeis devem ser separadas das normas tributárias, de forma que aquelas primeiras não podem ser transpostas para fins fiscais. Isso fica demonstrado pelos seguintes trechos ora transcritos, a título ilustrativo, já que, como se observou, o voto proferido no referido paradigma é bastante extenso:

É exatamente a causa, a motivação e a finalidade que distinguem os sistemas contábil e fiscal.

Dessa forma, afrontaria a moralidade e a ética que conceitos diversos e que são distinguidos pela lei possam ser utilizados de forma idêntica ou desigual ao sabor dos desejos do interprete ou aplicador. A segurança jurídica impõe ao aplicador da norma a certeza e a uniformidade de interpretação que não pode variar na dependência de arrecadar mais ou menos sob pena de gerar insegurança jurídica.

O fato é que os sistemas contábil e tributário são elaborados a partir de critérios distintos para atender finalidades distintas. O direito tributário necessariamente não se restringe ao que ocorre na contabilidade ou vice-versa. São sistemas diferentes.

Tome-se como exemplo a valoração de bens: a contabilidade exige que bens sejam avaliados a valor de mercado, preço justo, etc. e isto tem impacto sobre o resultado contábil, o patrimônio da empresa e na depreciação de bens, por exemplo. Por outro lado, a lei fiscal continua a exigir que os bens sejam considerados pelo custo de aquisição e que a despesa de depreciação somente será dedutível para fins do IRPJ e da CSLL em relação a esse valor, devendo tudo ser ajustado no LALUR.

Por seu turno, o Decreto-Lei nº 1.598/1977, que trata da forma em que o ágio deve ser reconhecido, ainda continua vigente para fins fiscais e não foi revogado. Não obstante, em nenhum momento ele trouxe qualquer previsão, exigência ou restrição ou impediu o reconhecimento do ágio gerado intra-grupo.

Neste ponto, não cabe ao intérprete criar restrições não expressas na lei para impedir o uso do ágio onde o próprio legislador não estabeleceu.

Considerando-se a infração relativa a indedutibilidade de despesas com JCP foi mantida pela decisão recorrida com base no único argumento, no sentido de que, uma vez inadmissível o ágio, por consequência as despesas com JCP seriam desnecessárias, entendo que o paradigma está apto a caracterizar a divergência arguida.

(...)

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano – Relatora.

Fl. 12 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

Conforme relatado, o recurso especial teve seguimento quanto às matérias “glosa de despesas com amortização de ágio” (em face dos paradigmas 1301-001.297 e 1402-003.576), bem como quanto à glosa das despesas com JCP (em face do paradigma 1301-001.297).

O ágio em questão originou-se da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A pela então Telesp (hoje a Recorrente TELEFÔNICA BRASIL S/A), ocorrida em 2011. Por estarem as pessoas jurídicas envolvidas na operação debaixo de controle comum da empresa espanhola Telefónica S.A., a autoridade fiscal considerou que as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas internas fornecidas pela sua própria administração, e não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas.

O despacho de admissibilidade assim resumiu os fundamentos do acórdão recorrido quanto a essa matéria:

Como se nota, o acórdão recorrido, analisando a operação em sua integralidade, adotou um único fundamento para considerar o ágio indedutível, e que se refere ao ágio surgido dentro de um mesmo grupo econômico, em operação de acionistas com eles mesmos, sem que tenha havido uma compra efetiva de participação societária e sem interferência dos acionistas minoritários.

De fato, o voto condutor do acórdão recorrido inicia sua exposição afirmando seu entendimento de que o ágio interno não é aceito, nem no plano contábil nem no âmbito fiscal/tributário. Em seguida, infirma também a conclusão de que teria havido “pagamento” pela participação societária adquirida com ágio, não aceitando a incorporação de ações como tendo tal efeito eis que *“a operação se deu sem qualquer sacrifício financeiro por parte da TELESP, mediante mera troca de ações”*, isto é, *“A TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil”*. Por fim, rejeita também a afirmação de que teria havido o envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), afirmando que *“não apenas os acionistas minoritários se encontravam em posição em que não podiam interferir substancialmente no negócio entabulado, como também foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações, de modo que não possuíam interesse em contrapô-lo”*.

O contribuinte alega divergência jurisprudencial com relação a 4 matérias e o despacho de admissibilidade, muito embora tenha indicado ter dado seguimento “integral” ao recurso especial, promove a reunião de temas e não analisa como matéria autônoma a questão indicada no recurso especial como item “3) *Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*” deixando de examinar o paradigma 1201-002.245, por entender que *“O voto ora recorrido não promoveu a sub-divisão da matéria, da forma como apresentada pela defesa na peça recursal.”*

Não obstante, muito bem detalhado na declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa *infra* -- que adoto como razões complementares de decidir --, a estrutura argumentativa do acórdão recorrido indica autonomia da matéria arguida como Tema 3 do recurso especial.

Diante disso, faz-se necessário o retorno dos autos ao Presidente da 3ª Câmara para complementação do exame da admissibilidade quanto à matéria (iii) *Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*, em face do paradigma indicado nº 1201-002.245.

Fl. 13 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para converter o julgamento 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..

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa.

O Colegiado *a quo* confirmou, no acórdão nº 1302-003.381, a indedutibilidade das amortizações de ágio formado na incorporação de ações de Vivo Participações S/A pela Contribuinte, antes denominada Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, dado ambas pessoas jurídicas estarem sob controle comum da empresa espanhola Telefónica S/A. Com a operação, a Contribuinte passou a controlar indiretamente Vivo S/A e diretamente Vivo Participações S/A, e esta passou ao controle indireto de Telefónica S/A.

Destaca-se da acusação fiscal que:

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. 08) 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.

[...]

Abordando as premissas da avaliação, a autoridade lançadora anotou que 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. Adicionou, ainda, que:

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. 02) ao Termo de Intimação nº 5, 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:

Fl. 14 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

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
<i>Goodwill</i>	5.934.684.862
Total	22.211.356.891

[...]

Com a incorporação de Vivo Participações S/A em 03/10/2011, a Contribuinte passou a controlar diretamente Vivo S/A e a amortizar o ágio surgido na anterior incorporação de ações. A autoridade lançadora descreveu os procedimentos da Contribuinte para alocação do ágio aos ativos identificáveis e firmou seus argumentos para discordar da existência de substância econômica e do reconhecimento de ágio surgido entre partes relacionadas, com vínculos de controle. Vale o destaque do seguinte trecho da acusação fiscal:

Para cumprimento às exigências previstas nesse artigo 252, foi elaborado e aprovado o Laudo Avaliação da Vivo Participações S/A pelo método do fluxo de caixa descontado (Doc. 08) – elaborado pela Planconsult -, o qual estimou o valor econômico das ações que seriam incorporadas pelo sujeito passivo em R\$ 31.222.629.890,89, conforme já mencionado no item 5. E, para fins de determinação da relação de substituição das ações, foi adotado o Relatório de Avaliação elaborado pela Signatura Lazard (Doc. 20) como referência para as negociações entre os comitês independentes das duas empresas, ao cabo das quais se estipulou a relação de troca de 1,55 novas ações da Telefônica Brasil em troca de cada ação da Vivo Participações incorporada.

Vê-se assim que a legislação societária proporciona às administrações das sociedades envolvidas na operação de incorporação de ações ampla autonomia para a avaliação do negócio e plena liberdade para eleger os critérios de avaliação, bem como para a determinação da relação de troca que entenderem mais adequados, desde que devidamente fundamentadas

Em face da relação de substituição possuir caráter essencialmente negocial, podendo ser livremente convencionado pelas partes no protocolo da operação, de acordo com suas valorações e interesses acerca dos ativos envolvidos no negócio societário, os acionistas não controladores (minoritários) estariam em tese protegidos na fixação da relação de troca pelo interesse do controlador em buscar um acordo que garantisse a melhor relação para suas ações, **caso houvesse duas maiorias distintas negociando a operação** (transação entre partes independentes), o que não foi o caso.

A premissa para que acordos firmados no âmbito de uma operação societária ocorram em bases equitativas é que exista, pois, um equilíbrio negocial decorrente da contraposição de interesses opostos atuando na busca do melhor resultado na transação, livre de ingerências e interferências estranhas a esse intento.

[...]

Pelo exposto, conclui-se que os acionistas minoritários de empresas relacionadas envolvidas numa combinação de negócios, vinculadas por uma relação de controle, encontram-se numa posição de vulnerabilidade exatamente por estarem sujeitos à vontade preponderante do acionista controlador (no caso de incorporação de controlada ou de incorporação de ações de controlada) ou a do acionista controlador comum das empresas envolvidas na transação (no caso de incorporação entre empresas sob controle comum ou de incorporação de ações entre empresas sob controle comum), o qual, por não ter que confrontar uma outra maioria acionária antagônica, na prática “transaciona consigo mesmo”.

Fl. 15 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

[...]

Ora, não só a submissão das empresas protagonistas da operação de incorporação de ações ao controle comum da espanhola Telefónica S.A. era amplamente admitida pelo sujeito passivo - conforme noticiado nas considerações do Protocolo de Incorporação de Ações da Vivo Participações S.A. pela Telecomunicações de São Paulo S.A. - Telesp (Doc. 04) e no requerimento conjunto de Anuência Prévia à Anatel (Doc. 18) -, como também havia a ciência do sujeito passivo das implicações decorrentes da presença de uma única vontade atuando no processo, sendo que a principal delas é a possibilidade do controlador comum impor os termos e condições da operação, o que coloca o acionista minoritário na tão propalada condição de vulnerabilidade.

[...]

Assim, excetuando-se a situação em que se defina uma relação de troca lesiva aos seus interesses, os minoritários não teriam motivos para votar contrariamente à operação, independentemente dos valores de avaliação dos patrimônios que se adote na contabilização, até porque quanto mais superestimados os patrimônios, maiores seriam os benefícios fiscais, os quais aproveitam a todos, inclusive aos minoritários.

[...]

Portanto, além de inócuo deliberar contrariamente à proposta do controlador na hipótese de imposição de uma relação de substituição lesiva aos interesses dos minoritários - o que aparentemente não foi -, o exercício do direito de recesso nos termos e condições divulgados no Aviso aos Acionistas seria altamente prejudicial aos eventuais minoritários dissidentes - os quais não tiveram direito nem mesmo ao valor de patrimônio líquido a preços de mercado, pela relação de troca mais desvantajosa pelo art. 264 -, de modo que os votos favoráveis de minoritários nas assembleias extraordinárias em nada contribuem para conferir o necessário caráter de independência à operação societária, em linha com o citado Apêndice B do CPC 15. *(destaques do original)*

Concluiu, assim, que havendo uma única vontade atuado na operação, a contabilização deveria ter sido realizada com base nos valores escriturados nos livros contábeis, impondo-se a glosa das amortizações de ágio, inclusive porque, como demonstrado mais à frente, *não houve quaisquer recolhimentos de tributos incidentes sobre o reverso do ágio, que é o ganho de capital.*

A autoridade lançadora detalhou a contabilização dos eventos decorrentes da incorporação de ações, e especificamente quanto à repercussão no lucro tributável das amortizações no ano-calendário 2011 pontuou que:

No entanto, aludido detalhamento do item “Inclusões de lançamentos fiscais” do Fcont demonstra que o sujeito passivo efetuou também um ajuste devedor no montante total de **R\$ 508.204.357,28**, a título de amortização da parcela do ágio alocado em Licenças (mais valia) e da parcela remanescente da conta 0014111214 - VIVO PARTICIPAÇÕES, referente ao Goodwill (ágio propriamente dito), provocando uma **redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL** referentes ao ano-calendário de 2011 nesse montante.

Essa amortização fiscal do ágio, registrado no Fcont pelo montante de **R\$ 508.204.357,28**, refere-se às apropriações mensais de **R\$ 169.401.452,43** dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2011 (3 meses), e pode ser decomposta conforme abaixo:

Fl. 16 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
 Processo n.º 16561.720225/2016-36

Alocação do ágio	Valor original	Apropriação mensal
Licença	12.876.000.000,00	117.074.074,00
Goodwill	5.934.684.862,00	54.950.786,00
Contingências	-283.328.000,00	-2.623.407,00
Total apropriado mensalmente		169.401.453,00

[...]

Por fim, refez os cálculos de juros sobre capital próprio, dada a superestimação dos patrimônios das empresas envolvidas na transação e da base de cálculo daqueles juros.

Os créditos tributários lançados foram acrescidos de multa qualificada mediante imputação de fraude, nos termos do art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

A autoridade julgadora de 1ª instância afastou a qualificação da penalidade, e esta decisão foi confirmada em sede de recurso de ofício, sem interposição de recurso especial pela PGFN. O recurso voluntário, por sua vez, restou improvido porque não vislumbrado qualquer sacrifício financeiro para formação do ágio, bem como porque *o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica*, para além de parte do valor ser reconhecidamente relativo a intangível, de amortização vedada pela legislação:

No caso das reorganizações realizadas inteiramente intragrupo (em especial, como no caso sob apreço, por meio de incorporação de ações), pelo menos duas das exigências citadas deixam de existir ou, ao menos, perdem a capacidade de serem auferidas por terceiros desinteressados do negócio, de modo a ser afastada a sua artificialidade: o pagamento do ágio e a expectativa de rentabilidade futura.

[...]

A TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil, conforme a seguir demonstrado:

[...]

A operação, contudo, faz surgir no patrimônio da TELESP o ágio objeto de discussão no presente processo, o qual derivou de avaliação realizada pela empresa Planconsult, **a partir de informações exclusivamente fornecidas pela Vivo**, conforme constante do Laudo de Avaliação e bem destacado pelo TVF de fls. 2.231 a 2.278:

[...]

Estando as duas Companhias, como já dito, debaixo do mesmo controle societário, a operação não proporcionou nenhum sacrifício, nenhum "pagamento" de ágio.

A par disso, o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica, e foi acatado sem questionamento pela Incorporadora, parte da mesma organização societária, visto que isto lhe produziria evidentes benefícios tributários.

[...]

O suposto "ágio", portanto, jamais poderia impactar a apuração do IRPJ e da CSLL, posto que, como já fartamente demonstrado, à luz da doutrina e legislação contábil, sequer poderia ser mantido na contabilidade, devendo ser baixado.

O procedimento correto, em operações como a realizada, seria o registro pelo valores constantes nas escriturações contábeis das pessoas jurídicas envolvidas.

Como bem apontado pela autoridade fiscal, a Recorrente, inclusive, foi alertada pela sua assessoria jurídica, no âmbito da operação societária, de que, em decorrência de a transação se dar sob controle único, a relação de substituição das ações das Companhias

Fl. 17 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

deveria ser "calculada com base nos patrimônios líquidos das sociedades envolvidas, a preços de mercado" (fl. 679).

[...]

Na verdade, em que pese a Recorrente apontar que a autoridade fiscal não desqualificou especificamente o laudo de avaliação (a razão é óbvia: todo o laudo não se presta a produzir efeitos tributários, em decorrência da operação realizada), a própria Recorrente reconheceu que do total de R\$ 169.401.453,00 amortizado mensalmente, apenas R\$ 54.950.786,00 corresponderia a expectativa de rentabilidade futura, sendo o restante (cerca de 70%) relativo a licenças (intangível), cuja amortização fiscal é vedada pelo art. 386, inciso II, do RIR/99. (*destaques do original*)

Refutou-se, ainda, o alegado envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), vez que: i) requerimento apresentado à Anatel confessa a natureza intragrupo da operação e os minoritários não podiam interferir substancialmente no negócio; e ii) os minoritários não tinham interesse em se contrapor ao negócio porque foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações.

Considerando que a glosa de despesas de juros sobre o capital próprio *está intrinsecamente vinculada* à glosa de amortização de ágio, uma vez firmada *a total inadmissibilidade do suposto "ágio" pago pela Recorrente*, afirmou-se desnecessárias as despesas correspondentes aos juros calculados sobre aqueles acréscimos patrimoniais.

Houve embargos de declaração que foram rejeitados porque:

- As omissões seguintes não se confirmaram, vez que as matérias foram enfrentadas, ainda que em algumas sem toda a explicitação demandada, no acórdão embargado:
 - Omissão quanto a argumentos da embargante - Incompetência da RFB para questionar a contabilidade frente a competência da CVM;
 - Omissão quanto a argumentos da embargante - Vigência do RTT e inaplicabilidade dos normativos contábeis citados pela autoridade fiscal;
 - Omissão quanto a argumentos da embargante corroborados por pareceres contábeis de professores da USP e orientações de auditores independentes;
 - Omissão acerca de elementos que demonstram a comutatividade da transação, considerada *relativa à fundamentação do ágio – avaliação da incorporada*;
 - Omissão quanto a argumentos da embargante acerca do efetivo pagamento pela aquisição das ações da VivoPar; e
 - Omissão quanto a argumentos da embargante acerca dos acionistas minoritários e o ágio interno, considerando apreciados os argumentos quanto à *(im)possibilidade de dedução da despesa de amortização do ágio “referente aos acionistas minoritários”*;
- A omissão quanto a argumentos relativos à glosa de despesas de JCP é improcedente porque já adotada razão suficiente para a decisão da infração;

Fl. 18 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

- *A contradição na análise acerca da existência de pagamento é improcedente, porque a decisão adotou o entendimento de que "o CPC 15 não tem aplicação à hipótese dos autos", não havendo porque invocá-lo na análise de outro ponto do recurso.*

Em seu recurso especial, a Contribuinte não fez maiores digressões sobre os fundamentos do acórdão recorrido, limitando-se a mencionar que *as matérias a serem apreciadas por esta CSRF abrangem apenas temas concernentes aos principais, i.e.: dedução de despesas de amortização de ágio e JCP*, e a demandar a apreciação dos seguintes temas: i) *dedutibilidade de "ágio interno"*; ii) *dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações*; iii) *dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*; e iv) *dedutibilidade de despesas de JCP*.

Na matéria *dedutibilidade de "ágio interno"*, a Contribuinte confronta a objeção fiscal à contabilização do ágio constituído entre *partes sob controle comum*, observando que *esta matéria foi farta e amplamente debatida* nestes autos. Afirma a divergência em face do paradigma nº 1301-001.297, inclusive observando que as ementas das decisões de primeira instância nele e no recorrido possuem a mesma redação, e assevera especificamente que *tal julgado consignou, de forma clara e expressa, que os artigos 7.º e 8.º da Lei 9.532/97 e o DL 1.598/77 não possuem nenhuma restrição ao reconhecimento e aproveitamento de ágio em operações realizadas por partes sob controle comum e que essa interpretação (correta) diverge da posição adotada pelo Acórdão Recorrido, no sentido de que a legislação tributária contém restrição ao reconhecimento e aproveitamento de ágio em operações realizadas por partes sob controle comum, mesmo antes da edição da Lei 12.973/14*. Prossegue apontando que os acórdãos comparados divergem quanto às limitações que existiriam no Decreto-lei nº 1.598/77 e ao relevo da discussão contábil acerca do tema.

Adiciona, ainda, que existiria outra divergência em relação ao paradigma nº 1301-001.297, *quanto à demonstração da comutatividade e substância econômica da operação, já que o Paradigma 1 reconhece que não são cabíveis alegações genéricas quanto ao preço da transação, cabendo à Autoridade Fiscal a demonstração efetiva dos equívocos nos laudos apresentados*.

Nas razões de mérito, a Contribuinte discorre sobre: i) *a contabilização do ágio na operação de incorporação de ações*; ii) *o tratamento contábil aplicável à incorporação de ações da VivoPar*; e iii) *as despesas de amortização de ágio gerado na aquisição da VivoPar*; consignando ao final que foram cumpridos os quatro únicos requisitos para *dedutibilidade das despesas de amortização fiscal do ágio*:

- (i) Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;
- (ii) Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base no Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"), nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.;
- (iii) Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e
- (iv) Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta.

Finaliza a argumentação de mérito na primeira matéria pleiteando *tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto*.

No matéria *dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações*, a Contribuinte confronta o entendimento de que, *nessa operação, não há efetivo pagamento de preço*. E aponta

Fl. 19 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

divergência em face do mesmo paradigma anterior e do acórdão n.º 1402-003.576, nos quais se reconhece *que as ações entregues no contexto de uma incorporação de ações correspondem ao pagamento do preço pela aquisição da participação societária*. Como argumentos de mérito: i) invoca a aplicação do CPC 15 (Combinação de Negócios), que *estabelece expressamente que a contraprestação transferida deve ser mensurada pelo seu valor justo, levando em consideração qualquer ativo entregue aos vendedores (inclusive as participações societárias emitidas em benefício do alienante)*; ii) defende que *a incorporação de ações nada mais é do que a aquisição de uma participação societária, com o pagamento através da emissão de ações pela empresa incorporadora*; e iii) discorda da interpretação fiscal que restringe a possibilidade de aproveitamento fiscal de ágio em aquisições de participações societárias que não tenham decorrido de pagamento em dinheiro. Pede, assim, a reforma do acórdão recorrido em relação à interpretação dada aos efeitos e natureza de uma incorporação de ações – a qual envolve efetivo pagamento de preço e aquisição de participação societária.

Na matéria *dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*, recorda que a incorporação das ações da VivoPar envolveu: (i) a transferência do controle direto da Vivo Par para a Recorrente; e (ii) a aquisição de participação societária detida por acionistas minoritários da Vivo Par, que passaram a deter participação direta na Recorrente. E adiciona que *como os acionistas minoritários são parte totalmente independente, a parcela do ágio correspondente à aquisição de suas ações (cerca de 38% da participação adquirida) não pode, sob qualquer perspectiva, ser considerado como “interno” - já que corresponde à aquisição de ações detidas por terceiros totalmente não relacionados*.

Demonstra o prequestionamento da matéria nos recursos apresentados, e destaca, na sequência, que *com o recebimento desse Recurso Especial em relação ao Tema 1 e Tema 2, já deverá ser recebida a discussão quanto ao Tema 3*. Contudo, afirma divergência em face do paradigma n.º 1201-002.245, no qual *a aquisição das ações detidas pelos acionistas minoritários foi realizada por meio de uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (“OPA”) e, de largada, já segregou os ágios em virtude da natureza do acionista (i.e., se independente ou relacionado), distintamente do recorrido que tratou a integralidade do ágio como um ágio “interno”*. E, com aquela segregação, o Paradigma 4 *concluiu pelo parcial provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte “para afastar apenas a glosa do ágio oriundo da OPA”, divergindo da interpretação dada no recorrido*.

Nas razões de mérito, esclarece que *a VivoPar era uma sociedade de capital aberto, com ações negociadas na bolsa de valores. As ações transacionadas em bolsa correspondiam a 38% do capital social da companhia. Isso significa que as ações da VivoPar eram detidas (i) por um acionista controlador, mas, também (e substancialmente), por (ii) por acionistas minoritários, que não guardavam nenhuma relação com a Recorrente, sendo sujeitos totalmente independentes da Recorrente*. Observa que *a existência dos minoritários é totalmente incontroversa nesses autos, mas que apesar disso, a Autoridade Fiscal e o CARF deturpam os efeitos da existência dos minoritários, para afirmarem apenas que a sua existência não alteraria o fato de que o ágio foi pago em benefício do controlador*

Discorre sobre a impossibilidade de classificação desta parcela do ágio como interno, destaca que *todo o procedimento envolvido na incorporação das ações da VivoPar levou em conta a existência dos acionistas minoritários, por expressas previsões da Lei das S.A. e regulamentação da CVM sobre a matéria*, especifica esta regulação, e entende que deve ser corrigido o equívoco incorrido pelo CARF e reconhecer que o ágio pago aos acionistas

Fl. 20 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

minoritários por suas ações não pode ser receber o mesmo tratamento das ações adquiridas pelo acionista controlador – tendo em vista à alegação de “ágio interno”.

Por fim, na matéria *dedutibilidade de despesas de JCP*, a Contribuinte registra que *em decorrência da autuação do ágio sob a alegação de impossibilidade de seu registro contábil, a Autoridade Fiscal alegou que a parcela do capital social “artificialmente majorada” pela operação de incorporação de ações deve ser expurgada do valor do patrimônio para fins de cálculo dos limites para pagamento de JCP.*

Depois de demonstrar o prequestionamento nos recursos apresentados, novamente refere o paradigma n.º 1301-001.297 e adiciona o paradigma n.º 1101-000.942, *mas destaca que o Acórdão Recorrido manteve a exigência referente ao JCP apenas por considerar que o ágio não deveria ter sido registrado, à luz das normas contábeis aplicáveis, e que a discussão quanto às despesas de JCP acabou por ser limitada à discussão quanto à possibilidade, ou não, de o ágio ser reconhecido contabilmente, distintamente do Paradigma 5, que analisou em detalhes os confrontos entre normas jurídicas e contábeis, tendo acertadamente concluído que (i) as normas jurídicas e contábeis possuem escopos e aplicabilidades diversos; e, para fins de questionamentos das Autoridades Fiscais quanto à aplicação da legislação tributária, obviamente (ii) devem prevalecer as normas jurídicas, em detrimento da contabilidade.*

Adiciona que *caso o Acórdão Recorrido tivesse adotado as mesmas premissas do Paradigma 5, é certo que o julgamento do caso no Recurso Voluntário da Recorrente no CARF teria sido tomado rumo diverso, pois a Turma teria reconhecido que, na vigência do RTT, a Recorrente estava obrigada a segregar o custo de aquisição entre (i) valor do patrimônio líquido do investimento; e (ii) ágio pago na aquisição (em estrita atenção ao DL 1.598/77, RIR/99 e ICVM 247/96). Partindo dessa constatação, não haveria outra alternativa, a não ser reconhecer que o valor do patrimônio líquido da Recorrente após a aquisição da VivoPar é legítimo, de forma que não há como subsistir quaisquer acusações no sentido de distribuição de juros em excesso. Ainda, também teria de reconhecer que quaisquer ajustes à definição do limite de JCP são apenas aqueles previstos na legislação tributária. E, a esse respeito, os únicos ajustes ao valor do patrimônio líquido para fins de cálculo de JCP são os contidos na IN 11/96, a saber: (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. Ou seja, não há nenhum ajuste decorrente da aquisição de participação societária em sociedades relacionadas.*

Faz outras cogitações caso o RTT fosse desconsiderado e arremata que *caso a interpretação adotada pelo Paradigma 5 tivesse sido aplicada no presente caso, o desfecho da discussão teria sido oposto, com o reconhecimento de que o valor do patrimônio líquido está correto, não havendo nenhuma previsão, na legislação tributária, que determinasse quaisquer ajustes ao valor do patrimônio líquido considerado.*

Quanto ao Paradigma 6, observa nele constar que: *“A autoridade fiscal afirmou que o ágio gerado em negócio em partes relacionadas, com fundamento no que ante exposto, deveria ser baixado da contabilidade da autuada, assim repercutindo no cálculo dos limites de dedução daquela despesa.”* Afirma ser a mesma a causa do excesso de juros sobre o capital próprio, mas com o cancelamento da glosa das despesas de JCP, apesar da manutenção da glosa das amortizações de ágio.

No mérito, como a acusação fiscal está pautada no entendimento de que *a parcela do capital social “artificialmente majorada” pela operação de incorporação de ações deve ser expurgada do valor do patrimônio para fins de cálculo dos limites para pagamento de JCP.* E,

Fl. 21 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

na medida em que já foi demonstrado *que a acusação referente ao registro contábil do ágio não pode subsistir, já que os Autos de Infração decorrem, de uma análise equivocada do Novo Regime Contábil e dos Precedentes do Colegiado da CVM - que não se aplicam ao caso*

Sob a premissa de que *o DL n.º 1.598/77 e a ICVM 247/96 obrigam o reconhecimento do ágio sempre que a contraprestação paga seja superior ao valor de patrimônio líquido da adquirida, independentemente de a transação ser realizada entre entidades sob controle comum*, ressalta a incoerência de *os valores de lucro adotados para fins de cálculo dos limites para pagamento de JCP, que levaram em consideração o lucro líquido do exercício reduzido pela amortização contábil do ágio pago pela Recorrente*. Discorre sobre outras normas que afetam o tema, e adiciona pedido subsidiário de compensação do *IRF retido no pagamento de JCP aos acionistas da Recorrente*, deduzindo os argumentos para tanto, mas sem apontar paradigmas.

Finaliza pedindo que o recurso especial seja *ACOLHIDO E PROVIDO para (i) reformar o Acórdão Recorrido no que tange à dedutibilidade das despesas de amortização de ágio e JCP; e, com isso, (ii) seja determinado o cancelamento dos Autos de Infração*.

O exame de admissibilidade concluiu pelo seguimento total do recurso especial, mas considerou que havia apenas duas matérias arguidas, vez que preambularmente a Contribuinte identifica como *temas objeto de discussão litigiosa as glosas de despesas de (1) amortização de ágio e (2) JCP, incorridas pela Recorrente no ano-calendário 2011*, mas subdividiu o primeiro tema em 3 (três) subtemas: *(i) Dedutibilidade de “ágio interno”; (ii) Dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações; e (iii) Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários, indicando, para tanto, 3 (três) decisões à guisa de paradigmas*.

E, analisando o voto proferido no acórdão recorrido, concluiu que somente houve fundamentos autônomos nas matérias glosas de despesa de amortização de ágio e na glosa de despesas de juros sobre o capital próprio, admitindo os paradigmas n.º 1301-001.297 e 1402-003.576 na primeira e o paradigma n.º 1301-001.297 na segunda matéria.

Com o seguimento integral, a Contribuinte não foi cientificada para apresentação de agravo.

Em essência, o exame de admissibilidade refere que o voto condutor do acórdão recorrido está pautado no entendimento de que *o ágio surgiu numa operação entre os próprios acionistas do grupo econômico, sem a intervenção de partes independentes, mediante uma valorização promovida internamente pelos próprios interessados e beneficiados, sem qualquer desembolso por aquisição de participação societária, e sem que se levasse em conta a opinião de acionistas minoritários*. Teria sido adotado *um único fundamento para considerar o ágio indedutível, e que se refere ao ágio surgido dentro de um mesmo grupo econômico, em operação de acionistas com eles mesmos, sem que tenha havido uma compra efetiva de participação societária e sem interferência dos acionistas minoritários*.

Sob esta ótica, o paradigma n.º 1301-001.297 caracterizaria a divergência porque, *analisando operação de surgimento de ágio semelhante àquela apreciada pelo acórdão recorrido, dentro de um mesmo grupo econômico, a partir de uma avaliação de ações interna, em que não houve um efetivo desembolso em espécie, mas somente incorporação de ações, decidiu pela dedutibilidade do ágio por considerar que a lei não veda a dedutibilidade de ágio nessas condições.. De forma semelhante, expressou-se o entendimento de que o paradigma n.º 1402-003.576 apreciou glosa de despesa de ágio promovida em razão de não ter havido efetivo pagamento, mas mera incorporação de ações, dentro de um mesmo grupo empresarial, e sua*

Fl. 22 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

conclusão *colide com entendimento manifestado pelo acórdão recorrido em relação à acusação semelhante.*

Com respeito à dedutibilidade de despesas de JCP, o paradigma n.º 1301-001.297 foi admitido porque *deduziu longo arrazoado no sentido de que as normas contábeis devem ser separadas das normas tributárias, de forma que aquelas primeiras não podem ser transpostas para fins fiscais.* Assim, considerando que *a infração relativa a indedutibilidade de despesas com JCP foi mantida pela decisão recorrida com base no único argumento, no sentido de que, uma vez inadmissível o ágio, por consequência as despesas com JCP seriam desnecessárias,* o paradigma foi considerado apto a caracterizar a divergência arguida. Já o paradigma n.º 1101-000.942 foi rejeitado *porque a relatora do voto condutor nele proferido afastou a acusação de ágio interno, substituindo o fundamento de invalidade do ágio em razão de interposição de empresa veículo e tal circunstância não existiu no acórdão recorrido.*

Concorda-se, aqui, com a premissa do exame de admissibilidade de que não há autonomia entre as matérias: i) *dedutibilidade de “ágio interno”*; e ii) *dedutibilidade de ágio pago em incorporação de ações.* A peculiaridade de o ágio considerado “interno” ter se formado em operação de incorporação de ações não se prestou a adicionar, no voto condutor do acórdão recorrido, qualquer objeção no sentido de que inexistente pagamento em tais circunstâncias. Da operação descrita extrai-se, apenas, não haver nenhum sacrifício financeiro para formação do ágio, e a incorporação de ações ser evidência de reorganização realizada *inteiramente intragrupo.*

É certo que o voto condutor do acórdão recorrido expressamente refere que *a TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil.* Mas assim o faz no contexto antes destacado, de adquirente e adquirida sob controle comum, de modo que não foi a inexistência de um pagamento em sentido estrito que desqualificou o ágio constituído como apto à amortização fiscal, e sim a sua constituição interna ao grupo.

Logo, para confrontar este fundamento, basta à Contribuinte demonstrar o dissídio jurisprudencial em face de paradigma que admita a formação e amortização fiscal de ágio internamente ao grupo empresarial, hipótese na qual desnecessária seria maior digressão acerca de a troca promovida em incorporação de ações caracterizar “pagamento”, mormente tendo em conta que esta objeção subsidiária não constou do acórdão recorrido.

Esta Conselheira, porém, discorda da percepção expressa, no exame de admissibilidade, de que a matéria (iii) *Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários* não teria autonomia. O voto condutor do acórdão recorrido rebate os argumentos da Contribuinte, asseverando que os minoritários *não podiam interferir substancialmente no negócio* e que não tinham interesse em se contrapor ao negócio porque foram *beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações.* O exame de admissibilidade, inclusive, transcreve esses excertos do voto, nos seguintes termos:

O suposto “ágio”, portanto, jamais poderia impactar a apuração do IRPJ e da CSLL, posto que, como já fartamente demonstrado, à luz da doutrina e legislação contábil, sequer poderia ser mantido na contabilidade, devendo ser baixado.

[...]

Igualmente, a alegação da Recorrente de que haveria o envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), o que a validaria, não merece ser acolhida.

[...]

Fl. 23 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

Ou seja, não apenas os acionistas minoritários se encontravam em posição em que não podiam interferir substancialmente no negócio entabulado, como também foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações, de modo que não possuíam interesse em contrapô-lo.

[...]

A decisão recorrida, deste modo, revela-se irretocável, pelo que deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário quanto a tal tópico.

Contudo, deles extrai que o Colegiado *a quo*, analisando a operação em sua integralidade, adotou um único fundamento para considerar o ágio indedutível, e que se refere ao ágio surgido dentro de um mesmo grupo econômico, em operação de acionistas com eles mesmos, sem que tenha havido uma compra efetiva de participação societária e sem interferência dos acionistas minoritários. A Contribuinte, porém, opôs embargos de declaração, apontando omissões quanto a esta temática, e seguiu-se sua rejeição porque:

Compulsada a decisão embargada, verifica-se que o vício alegado não constitui hipótese prevista no art. 65, do Anexo II, do RICARF, mas representa busca pela rediscussão de tema já superado por entendimento expresso na decisão embargada, sendo para tanto inadequada a via dos embargos.

Isso porque, ao apreciar o tema amortização de ágio, na parte em que trata das alegações atinentes ao envolvimento de acionistas minoritários, o colegiado expressa de forma clara seu entendimento no sentido de que *"encontram-se numa posição de vulnerabilidade exatamente por estarem sujeitos à vontade preponderante do acionista controlador comum das empresas envolvidas na transação"*, bem como que é *"irrelevante o valor eleito pela administração da companhia na contabilização da operação desde que recebam a quantidade justa de ações por aquelas entregues na transação"* e, por fim, que *"os benefícios fiscais pretendidos - dedutibilidade da amortização do ágio formado a partir da superestimação dos patrimônios das empresas transacionadas e possibilidade de gerar despesas maiores a título de juros sobre o capital próprio (JCP), em face do Patrimônio Líquido estar artificialmente inflado aproveitam também aos novos acionistas que tiveram suas antigas ações incorporadas, sejam eles controladores ou minoritários"*. Confira-se trecho do voto condutor:

[...]

Vê-se do exposto que a caracterização da natureza intragrupo da transação decorreu do fato de estarem as duas empresas, embargante (incorporadora) e incorporada, sob o controle da mesma companhia, integrando o mesmo grupo empresarial, bem como que, com amparo nessa caracterização, foi firmado o entendimento acerca da indedutibilidade da despesa de amortização do ágio, e, na parte de interesse para o presente item da análise, foi firmado o entendimento de que *"o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica, e foi acatado sem questionamento pela Incorporadora, parte da mesma organização societária, visto que isto lhe produziria evidentes benefícios tributários"*.

Dessa forma, tem-se que a manifestação do colegiado acerca da manutenção da glosa da despesa com amortização de ágio, diante dos argumentos relativos aos acionistas minoritários da incorporada, abrange a (im)possibilidade de dedução da despesa de amortização do ágio "referente aos acionistas minoritários".

Portanto, a compreensão do Colegiado *a quo* foi no sentido de que as "projeções internas" adotadas para constituição do ágio impediriam a sua amortização fiscal, inclusive em relação à parcela atribuída aos minoritários. É certo que caso se afirme dedutível, no âmbito tributário, a amortização do ágio assim constituído, seria afastada, também, a exigência em relação à parcela que favoreceu os minoritários. Possivelmente sob esta ótica, a Contribuinte defende que *com o recebimento desse Recurso Especial em relação ao Tema 1 e Tema 2, já deverá ser recebida a discussão quanto ao Tema 3*.

Fl. 24 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16561.720225/2016-36

Contudo, na hipótese de subsistir a indedutibilidade das amortizações, a reafirmação desta objeção em relação à parcela que favoreceu os minoritários demandaria a apreciação dos argumentos subsidiários apresentados no acórdão recorrido e o enfrentamento da legislação tributária especificamente debatida pela Contribuinte neste terceiro tema, caso demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada em face do paradigma n.º 1201-002.245 que, em sua visão, analisando operação idêntica – muito embora *realizada por meio de uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (“OPA”) - de largada, já segregou os ágios em virtude da natureza do acionista (i.e, se independente ou relacionado).*

Assim, diante dos contornos vislumbrados no dissídio jurisprudencial demonstrado nos Temas 1 e 2, antes examinados sob a matéria intitulada “glosa de despesa de amortização de ágio”, impõe-se reconhecer a autonomia do Tema 3, e avaliar a necessidade de confirmação da divergência jurisprudencial suscitada pela Contribuinte em face do paradigma n.º 1201-002.245.

Veja-se, porém, que ao menos três providências poderiam ser cogitadas diante de tais circunstâncias: i) como o recurso especial da Contribuinte teve integral seguimento, implícita estaria a admissibilidade desta terceira matéria, o que permitiria adentrar à sua confirmação em sede de conhecimento por esta instância especial; ii) apesar do seguimento integral do recurso especial, foi negada autonomia a esta matéria, descartando-se os paradigmas excedentes ao limite regimental¹, e esta decisão em exame de admissibilidade seria definitiva; ou iii) o seguimento integral do recurso especial em tais circunstâncias resulta na supressão do direito do recorrente apresentar agravo contra a restrição imposta às matérias que ele pretendia ver discutidas, impondo-se o saneamento para: iii.i) retificação da conclusão do exame de admissibilidade para seguimento parcial, facultando-se à Contribuinte a apresentação de agravo contra a negativa de seguimento acerca do Tema 3; ou, iii.2) complementação do exame de admissibilidade pela Presidência de Câmara sob a compreensão de que houve omissão acerca da terceira matéria aqui referida, e não há necessidade de se aguardar a decisão de agravo neste sentido.

Diz o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015 – RICARF, acerca de definitividade das decisões em exame de admissibilidade de recurso especial:

Art. 68. O recurso especial, da Fazenda Nacional ou do contribuinte, deverá ser formalizado em petição dirigida ao presidente da câmara à qual esteja vinculada a turma que houver prolatado a decisão recorrida, no prazo de 15 (quinze) dias contado da data da ciência da decisão.

§ 1º Interposto o recurso especial, compete ao presidente da câmara recorrida, em despacho fundamentado, admiti-lo ou, caso não satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade, negar-lhe seguimento.

¹ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015

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

[...]

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

[...]

Fl. 25 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

§ 2º Se a decisão contiver matérias autônomas, a admissão do recurso especial poderá ser parcial.

§ 3º Será definitivo o despacho do presidente da câmara recorrida, que decidir pelo não conhecimento de recurso especial interposto intempestivamente, bem como aquele que negar-lhe seguimento por absoluta falta de indicação de acórdão paradigma proferido pelos Conselhos de Contribuintes ou pelo CARF.

[...]

Art. 71. Cabe agravo do despacho que negar seguimento, total ou parcial, ao recurso especial.

§ 1º O agravo será requerido em petição dirigida ao Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de cinco dias contado da ciência do despacho que lhe negou seguimento.

§ 2º O agravo não é cabível nos casos em que a negativa de seguimento tenha decorrido de:

I - inobservância de prazo para a interposição do recurso especial;

II - falta de juntada do inteiro teor do acórdão ou cópia da publicação da ementa que comprove a divergência, ou da transcrição integral da ementa no corpo do recurso, nos termos dos §§ 9º e 11 do art. 67;

III - utilização de acórdão da própria Câmara do Conselho de Contribuintes, de Turma de Câmaras e de Turma Especial do CARF que apreciou o recurso;

IV - utilização de acórdão que já tenha sido reformado;

V - falta de pré-questionamento da matéria, no caso de recurso interposto pelo sujeito passivo; ou

VI - observância, pelo acórdão recorrido, de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, bem como das decisões de que tratam os incisos I a IV do § 12 do art. 67, salvo nos casos em que o recurso especial verse sobre a não aplicação, ao caso concreto, dos enunciados ou dessas decisões; (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

VII - rejeição de acórdão indicado como paradigma por enquadrar-se nas hipóteses do § 12 do art. 67; ou (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

VIII - absoluta falta de indicação de acórdão paradigma. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 3º O Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais rejeitará liminarmente e de forma definitiva o agravo nas hipóteses previstas no § 2º.

§ 4º No agravo não será admitida a produção de novas provas da divergência.

§ 5º O Presidente da CSRF, em despacho fundamentado, acolherá ou rejeitará, total ou parcialmente, o agravo.

§ 6º Será definitivo o despacho do Presidente da CSRF que negar ou der seguimento ao recurso especial, não sendo cabível pedido de reconsideração ou qualquer outro recurso.

[...] (*negrejou-se*)

A definitividade, portanto, recai sobre as decisões de negativa de seguimento do recurso especial, e se verifica já em face do exame pela Presidência de Câmara nas hipóteses de intempestividade não prequestionada, bem como de *absoluta falta de indicação de acórdão paradigma*. Tem-se, também, uma espécie de definitividade em razão do não cabimento de agravo em outras hipóteses referidas no §2º do art. 71 do Anexo II do RICARF, dentre as quais merece destaque aqui, especialmente, a falta de prequestionamento da matéria. De outro lado, há possibilidade de agravo quando for *negado seguimento, total ou parcial, ao recurso especial*.

Fl. 26 da Resolução n.º 9101-000.116 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720225/2016-36

No presente caso, tem-se uma decisão de seguimento do recurso especial, mas sob a premissa de que *o voto ora recorrido não promoveu a sub-divisão da matéria, da forma como apresentada pela defesa na peça recursal*, do que resultou a exclusão do terceiro paradigma apresentado para caracterização do dissídio jurisprudencial na terceira matéria deduzida no recurso especial. Ou seja: implicitamente foi negado seguimento à matéria (iii) *Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*, o que impede a adoção da primeira providência antes cogitada, qual seja, adentrar à confirmação da divergência jurisprudencial em sede de conhecimento por esta instância especial. Impróprio, também, afirmar-se a definitividade da negativa de seguimento, se não foi oportunizado agravo à Contribuinte e não está caracterizada uma das hipóteses em que tal recurso não é admitido regimentalmente, ressaltando-se que a falta de prequestionamento do Tema 3 não foi afirmada no exame de admissibilidade. Ao contrário, o enfrentamento das questões acerca da parcela do ágio formado em relação às ações do minoritários foi reproduzida no despacho.

Necessário, portanto, o saneamento da conclusão expressa no exame de admissibilidade, para que nele passe a estar expresso o seguimento parcial do recurso especial, com a possibilidade de apresentação de agravo pela Contribuinte. Contudo, por economia processual, e considerando tudo aqui exposto para se alcançar esta conclusão, entende-se possível suprimir a fase processual de agravo, e antecipar o retorno dos autos ao Presidente da 3ª Câmara para complementação do exame da admissibilidade quanto à matéria (iii) *Dedutibilidade de ágio pago aos acionistas minoritários*, em face do paradigma indicado nº 1201-002.245, até porque, caso seja dado seguimento neste ponto, a PGFN terá a oportunidade de apresentar objeção em sede de contrarrazões, assim como, na hipótese de negativa de seguimento, subsistirá a possibilidade de agravo pela Contribuinte.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de CONVERTER o julgamento 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.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa