



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

Processo nº 11080.723701/2010-74
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1101-00.710 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de abril de 2012
Matéria IRPJ e CSLL - Amortização de Ágio
Recorrente GERDAU AÇOS ESPECIAIS S A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de *ágio interno*) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito *ágio interno*), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ART. 109 CTN. ÁGIO. ÁGIO INTERNO.

É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerada adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO.

Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO.

Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação).

ELISÃO.

Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse accidental.

SEGURANÇA JURÍDICA.

A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencida a Conselheira Relatora Edeli Pereira Bessa e designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro.


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.


EDELI PEREIRA BESSA - Relatora


CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e João Carlos de Figueiredo Neto. Declarou-se impedida a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

GERDAU AÇOS ESPECIAIS S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre/RS que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 14/09/2010, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 182.437.061,36.

A atuada é empresa oriunda de cisão parcial de GERDAU AÇOMINAS S/A, na qual lhe foi vertida parcela de ágio cuja amortização é aqui discutida. Por este motivo, o presente lançamento contém, praticamente, os mesmos elementos que integram a exigência veiculada no processo administrativo nº 10680.724392/2010-28 formalizado contra GERDAU AÇOMINAS S/A, razão pela qual se aproveitará o conteúdo exposto por ocasião da apreciação do recurso voluntário ali interposto, apenas destacando-se as diferenças relevantes aqui verificadas.

O Relatório Fiscal às fls. 1123/1151 expõe introdução específica, em razão das particularidades da apuração dos tributos incidentes sobre o lucro atuada:

1. Introdução

Este relatório trata de ação fiscal iniciada em 03/08/2009, junto ao contribuinte acima identificado, em cumprimento do Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.01.00-200900910-4 e alterações posteriores, relativo ao IRPJ do período de jul/2005 a jun/2010.

No período fiscalizado o contribuinte apurou o IRPJ e a CSLL com base no lucro real trimestral. Nos anos de 2008 e 2009 optou pelo Regime Tributário de Transição (RTT), instituído pela Lei 11.941/2009, o que acarreta, para fins tributários, a utilização dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007.

No mais, os fatos expostos são os mesmos apresentados nos autos do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, razão pela qual aproveita-se relatório da autuação ali apresentado:

Quadro resumo:

O contribuinte faz parte de um grupo econômico de pessoas jurídicas que realizou operações de reorganização societária (subscrição de capital, incorporação e cisão). A combinação dessas operações gerou um ágio que teve reflexos na apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social do período sob fiscalização. O registro contábil e a amortização desse ágio são indevidos, por se tratar de ágio gerado internamente, ou seja, dentro de um grupo de sociedades sob controle comum. Nesta ação fiscal foram lançados o IRPJ e a CSLL devidos pelo contribuinte, considerando os efeitos do ágio indevidamente aproveitado, conforme registrado em seus livros fiscais e contábeis.

2. Das operações de reorganização societária realizadas

Os fatos analisados por esta fiscalização tiveram origem em reorganização societária ocorrida a partir de dezembro de 2004, envolvendo várias sociedades empresárias vinculadas ao mesmo grupo econômico, ao qual denominaremos



"Grupo Gerdau", que através de uma seqüência de operações de integralização de capital, incorporação e cisão parcial, gerou um ágio artificial que foi indevidamente aproveitado por várias empresas do grupo

As sociedades envolvidas no processo de reorganização foram Gerdau S/A (CNPJ 33.611.500/0001-19), Gerdau Participações S/A (CNPJ 89.011.746/0001-04) [1 Até 29/12/2004 a denominação social da Gerdau Participações S/A era Siderúrgica Riograndense S/A.], Gerdau Açominas S/A (CNPJ 17.227.422/0001-05), Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. - Grupo Gerdau (CNPJ 87.040.598/0001-20), Gerdau Aços Especiais S/A (CNPJ 07.359.641/0001-86), Gerdau Comercial de Aços S/A (CNPJ 07.369.685/0001-97), Gerdau Aços Longos S/A (CNPJ 07.358.761/0001-69) e Gerdau América do Sul Participações S/A (CNPJ 07.430.351/0001-81).

No momento imediatamente anterior ao início da reorganização, em 29/12/2004, a Gerdau S/A detinha a maioria do capital votante da Gerdau Açominas S/A (91,49%), da Gerdau Participações S/A (98,98%) e da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda (94,88%).

A seguir demonstraremos, passo a passo, a reorganização societária objeto desta ação fiscal

2.1. Laudos de Avaliação Econômica da Gerdau Açominas S/A e da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda

O primeiro fato a ser destacado na reorganização societária é a elaboração, pela Metal Data Engenharia e Representações, em 22/12/2004, de Laudos de Avaliação Econômica das participações societárias da Gerdau S/A nas sociedades Gerdau Açominas S/A e Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda - Grupo Gerdau, conforme resumo abaixo (fl. 122):

(R\$ mil)

EMPRESA	VALOR ECONÔMICO DA EMPRESA	PARTICIPAÇÃO DA GERDAU S/A	VALOR ECONÔMICO DA PARTICIPAÇÃO
GERDAU AÇOMINAS	14.972.155	91,4912%	13.698.283
GERDAU INTERNACIONAL	6.701.684	94,8871%	6.358.981
- ativos na América do Sul*	1.523.373	94,8871%	1.450.275

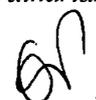
*Valor da participação indireta da GERDAU INTERNACIONAL nas seguintes empresas: Gerdau Chile Inversiones Ltda (99,9916%), Gerdau LAISA S/A (99,9900%) e SIPAR Aceros S/A (38,1767%).

Antes da avaliação, o investimento na Gerdau Açominas estava registrado na contabilidade da Gerdau S/A por R\$ 4.479.918.909,94. A diferença entre esse valor contábil e o valor do Laudo de Avaliação Econômica da Gerdau Açominas, de R\$ 13.698.283.480,00, gerou, por ocasião do aumento de capital descrito no item seguinte, um ágio fundamentado na expectativa de resultado futuro

2.2. Aumento de capital na Gerdau Participações S/A por Gerdau S/A

Após a elaboração dos Laudos, o passo seguinte foi o aumento de capital social da Gerdau Participações S/A, ocorrido em 29/12/2004, que envolveu as sociedades Gerdau S/A, Gerdau Açominas S/A e Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda - Grupo Gerdau.

Nessa data foi realizada Assembleia Geral Extraordinária (AGE) da Siderúrgica Riograndense S/A (fl 09), que deliberou pela alteração da denominação social da sociedade, que passou a ser Gerdau Participações S/A, e pela alteração do objeto social. Ainda nessa AGE foi aprovado o aumento do capital social da agora Gerdau Participações S/A (Resolução nº 51/2004-AGE), que passou de R\$ 422.360,00 para R\$ 15.227.078.630,00, com a emissão de 9.248.942.700 ações ordinárias



nominativas, a serem subscritas e integralizadas pela acionista Gerdau S/A, mediante a incorporação das seguintes participações:

- a) 145.146.117 ações ordinárias e 5.512 ações preferenciais de emissão da sociedade Gerdau Açominas S/A, pelo valor econômico de R\$ 13.698.283.480,00;*
- b) 607.398.462 quotas de emissão da sociedade Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda - Grupo Gerdau, pelo valor econômico de R\$ 1.528.372.790,00.*

Com a alteração, a Gerdau S/A passou a deter 99,9999% da Gerdau Participações S/A.

2.2.1 Contabilização na Gerdau S/A

As ações da Gerdau Açominas, utilizadas pela Gerdau S/A para subscrever capital na Gerdau Participações, representavam a totalidade da participação da Gerdau S/A na Gerdau Açominas (91,50%). Já na Gerdau Internacional Empreendimentos, a Gerdau S/A detinha 94,88% das quotas, mas utilizou apenas parte dessa participação (22,8%) para subscrição na Gerdau Participações.

Por consequência, na contabilidade da Gerdau S/A foi efetuada a baixa da totalidade do investimento na Gerdau Açominas e de parte do investimento na Gerdau Internacional Empreendimentos, substituídos pelo investimento na Gerdau Participações.

Para a Gerdau S/A isso resultou num ganho² [2 Ganho artificial sem suporte econômico, tal qual o ágio que surge em contrapartida na Gerdau Participações S/A], de R\$ 10.347.317.617,46, sendo R\$ 9.460.436.468,30 relativos à Gerdau Açominas S/A e R\$ 886.881.149,16 relativos à Gerdau Internacional Empreendimentos (fl. 18):

<i>Inv na Gerdau Participações</i>	<i>R\$ 15.226.656.270,00</i>
<i>Baixa do inv. na Gerdau Açominas</i>	<i>R\$ 4.479.918.909,94 (-)</i>
<i>Baixa do deságio relativo ao inv. na Gerdau Açominas³</i>	<i>R\$ 242.071.898,24</i>
<i>Baixa parcial do inv. na Gerdau Internacional Empreendimentos</i>	<i><u>R\$ 641.491.640,84 (-)</u></i>
<i>Ganho de capital da Gerdau S/A</i>	<i>R\$ 10.347.317.617,46</i>

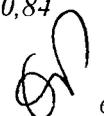
[3 Esse deságio, que estava registrado na contabilidade da Gerdau S/A, fez com que o ganho de capital da investidora (Gerdau S/A) fosse maior do que o ágio contabilizado na investida (Gerdau Participações).]

O ganho foi contabilizado na conta 370030 (Ganhos Alien Invest), em 29/12/2004. No Relatório de Administração da Gerdau S/A (fl. 1612) consta uma nota esclarecendo tratar-se de ganho de capital não realizado, apresentado como redutor da respectiva capitalização. A tributação foi diferida com base no art 36 da Lei 10.637/2002, conforme resposta à intimação na fl. 1666.

2.2.2 Contabilização na Gerdau Participações S/A

Na Gerdau Participações a operação foi contabilizada da seguinte forma (fls 13 a 17):

<i>C - Capital social - Ações Ordinárias (cta 240000)</i>	<i>R\$ 15.226.656.270,00</i>
<i>D - Inv Cta Vlr Patr - Gerdau Açominas S/A (cta 130012)</i>	<i>R\$ 4.479.918.909,94</i>
<i>D - Inv Cta Vlr Patr - Gerdau Intern Empreendim Ltda (cta 130020)</i>	<i>R\$ 641.491.640,84</i>
<i>D - Ágio - Gerdau Internacional</i>	



Empreendimentos Ltda (cta 131059) R\$ 886.881.149,16
D - Ágio - Gerdau Açominas S/A (cta 131060) R\$ 9.218.364.570,06

Após a integralização, a Gerdau Açominas passa a ser controlada diretamente pela Gerdau Participações, uma vez que esta detém a maior parte de suas ações, integralizadas pela Gerdau S/A. Esta, por sua vez, controla diretamente a Gerdau Participações e, indiretamente, a Gerdau Açominas. Não houve, portanto, qualquer alienação ou aquisição de controle societário, pois a Gerdau S/A permaneceu com o controle da Gerdau Açominas.

2.3. Subscrição e integralização de capital na Gerdau Participações S/A pelo Banco Itaú BBA S/A

Em 06/05/05 foi realizada Assembléia Geral Extraordinária na Gerdau Participações S/A (fl. 19), na qual foi aprovado o aumento do capital social de R\$ 15.227.078.630,00 para R\$ 15.777.078.630,00, com emissão de 325.062.172 ações ordinárias nominativas, pelo valor patrimonial de 31/03/05, ao preço de 1,69198401836 por ação, inscritas e integralizadas pelo Banco Itaú BBA S.A. A distribuição acionária da Gerdau Participações passou a ser: 96,60% da Gerdau S/A e 3,39% do Banco Itaú BBA S/A.

Observe-se que nessa data já havia sido assinado protocolo de intenções, datado de 28/04/05, definindo todas as condições da incorporação da Gerdau Participações pela Gerdau Açominas, conforme descrito no item seguinte. Formalmente, o Itaú ingressou na Gerdau Participações, mas de fato já estava ingressando na Gerdau Açominas.

2.4 Incorporação da Gerdau Participações S/A pela Gerdau Açominas S/A

Em 09/05/2005, quatro meses após a integralização de capital pela Gerdau S/A na Gerdau Participações, esta foi incorporada pela sua controlada Gerdau Açominas S/A. Com a incorporação, a Gerdau Açominas passou a amortizar o ágio que estava registrado na Gerdau Participações, relativo ao investimento que esta detinha na própria Gerdau Açominas. Em resumo, a controladora que detinha investimento com ágio na controlada é incorporada pela própria controlada, e o ágio absorvido passa a influenciar a apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, reduzindo os valores devidos desses tributos⁴ [4 Se estivessemos diante de verdadeiro ágio, os efeitos fiscais dessa amortização estariam amparados no art. 7º da Lei 9.532/97.]

Conforme Protocolo de Intenções firmado por Gerdau Açominas S/A, Gerdau Participações S/A e Gerdau S/A em 28/04/2005 (fl 22), a incorporação da Gerdau Participações pela Gerdau Açominas seria efetivada em 09/05/2005, tomando como base o acervo líquido da Gerdau Participações avaliado pelo seu valor patrimonial em 31/03/2005, com o acréscimo decorrente do aumento de capital social a ocorrer em 06/05/2005 (descrito no item 2.3), totalizando R\$ 9.228.495.564,38 (Laudo de Avaliação na fl 42).

Essa avaliação já leva em conta a provisão contabilizada em abril de 2005 na Gerdau Participações (fl, 1630), em atendimento à determinação do art. 6º da Instrução CVM 319/99. A Gerdau Participações provisionou 100% do ágio relativo à participação detida na Gerdau Internacional Empreendimentos e 66% do ágio relativo à participação detida na Gerdau Açominas (esse é o valor mínimo exigido pela CVM, qual seja, a diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente de sua amortização, benefício esse estimado em 25% de IRPJ e 9% de CSLL) A provisão sobre o ágio relativo ao investimento na Gerdau Açominas⁵ [5 O ágio referente ao investimento na Gerdau Internacional Empreendimentos não tem influência no presente trabalho porque não foi aproveitado pela fiscalizada para fins fiscais] gera os seguintes efeitos na incorporação:

a) a Gerdau Açominas recebe como parte do acervo o ágio a ser amortizado (R\$ 9.218.364.570,06), e a provisão a ser revertida proporcionalmente à amortização (R\$ 6.084.120.616,23). A diferença de R\$ 3.134.243.953,83 foi contabilizada como reserva de capital (fl. 206);

b) a Gerdau Açominas registra na parte B do Lalur o valor de R\$ 6.084.120.616,23, a ser excluído à medida que houver a reversão contábil da provisão (fl. 259);

Com a incorporação, a Gerdau Açominas teve seu capital aumentado no montante de R\$ 1.224.645.638,74, mediante a emissão de 166.360.030 ações ordinárias atribuídas aos acionistas da Gerdau Participações⁶ [A quantidade de ações emitidas foi definida a partir de Laudos de Avaliação Econômica da Gerdau Participações e da Gerdau Açominas (fl. 40)], na proporção de suas participações no capital desta, e constituição de reserva especial de ágio, no montante de R\$ 3.134.243.953,83 (valor líquido do ágio transferido) As ações de emissão da Gerdau Açominas, de propriedade da Gerdau Participações, foram canceladas, sem redução do capital social

Na mesma data, 28/04/2005, foi apresentada Proposta e Justificação da Administração à Assembléia Geral Extraordinária (fl. 25), a ser convocada para o dia 09/05/2005 - uma Proposta para cada conjunto de acionistas, da Gerdau Açominas e da Gerdau Participações, ambas com o mesmo teor. Trata-se de documento dirigido aos acionistas propondo a aprovação da incorporação da Gerdau Participações pela Gerdau Açominas, nos termos já vistos no Protocolo de Intenções.

A justificação era de que a aprovação da proposta de incorporação oportunizaria “à totalidade dos acionistas da Gerdau Açominas participar, em igualdade de condições com o seu controlador, dos negócios siderúrgicos desenvolvidos pelo Grupo Gerdau na América do Sul”. Destaca que a “referida operação é um **estágio intermediário** do processo de reorganização societária pelo qual está passando o Grupo Gerdau o qual busca o alinhamento da estrutura societária à estratégia de gestão, para maximizar o desempenho das operações e melhorar o entendimento e a transparência das informações ao mercado, sobre cada negócio”. (grifo nosso)

A Ata da Assembléia Geral Extraordinária da Gerdau Participações S/A, realizada em 09/05/2005 (fl. 29), registra que foi aprovada a incorporação, nos termos do Protocolo de Intenções. Na mesma data ocorria, na sede social da Gerdau Açominas, a 66ª Assembléia Geral Extraordinária (fl. 32), tratando do mesmo assunto, sendo também aprovada a incorporação. Assim, em 09/05/2005 a Gerdau Açominas S/A incorporou a Gerdau Participações S/A, que nessa data foi extinta.

Frise-se que o denominado “estágio intermediário” foi precedido, quatro meses antes, da reativação da antiga Siderúrgica Riograndense, que estava praticamente inoperante há muitos anos, apresentando resultados irrisórios decorrentes de participação societária igualmente inexpressiva, considerando o porte do Grupo Gerdau (DIPJs fl. 1300). Com a integralização de capital ocorrida em 29/12/2004, a sociedade foi “reativada” como expressiva holding, para a seguir ser incorporada em 09/05/2005. Não há qualquer dúvida da utilização da Gerdau Participações S/A (Siderúrgica Riograndense) como empresa veículo⁷ [A característica de uma sociedade veículo é a sua breve existência, com o intuito único de transportar o ágio para torná-lo dedutível para fins fiscais. Embora a Gerdau Participações S/A (Siderúrgica Riograndense) não tenha sido constituída no momento da subscrição de capital, era uma sociedade praticamente inoperante há muitos anos.] para o aproveitamento do ágio, ainda que esse “estágio intermediário” esteja incluído num contexto maior, cujos objetivos não são contestados no presente relatório.

Conforme Relatório de Reorganização Societária apresentado pelo contribuinte à fiscalização (fl. 1683), os objetivos, a médio prazo, seriam a implementação de um modelo de gestão que seguisse a lógica geográfica para ativos internacionais e outro por linha de produto no Brasil. Assim, a cisão descrita no item 2.5 permitiria a utilização de pessoas jurídicas distintas para cada operação de negócios. Permanece, no entanto, sem outra justificativa que não a economia tributária (indevida, como veremos adiante), a reativação e a extinção da Gerdau Participações num curto espaço de tempo.

Neste ponto, porém, o Relatório Fiscal que integra esta exigência apresenta conteúdo específico em razão da constituição da empresa ora atuada. Assim, passa-se à transcrição específica do Relatório Fiscal juntado a estes autos:

2.5 Cisão parcial da Gerdau Açominas S/A

Efetuada a incorporação, a Gerdau Açominas passou a amortizar o ágio absorvido da Gerdau Participações, à taxa de 1/120 ao mês. Isso ocorreu durante três meses, após os quais houve uma cisão parcial da Gerdau Açominas, com redução do seu capital social e com incorporação das parcelas cindidas por quatro sociedades: Gerdau Aços Especiais, Gerdau Aços Longos, Gerdau Comercial de Aços e Gerdau América do Sul.

A Gerdau Aços Especiais S/A (fiscalizada) foi constituída em 15/04/2005, nos termos da Ata da Assembléia Geral (fl. 343), com capital social de R\$ 1.000,00, subscrito por Gerdau Açominas S/A (R\$ 990,00) e Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda (R\$ 10,00).

Em 19/07/2005 foram firmados dois documentos: Protocolo de Intenções (entre Gerdau Açominas S/A, Gerdau Aços Especiais S/A, Gerdau Aços Longos S/A, Gerdau Comercial de Aços S/A e Gerdau América do Sul Participações S/A) e Proposta e Justificação da Administração da Gerdau Açominas à Assembléia Geral Extraordinária a ser convocada para o dia 29/07/2005.

O Protocolo de Intenções (fl. 139) foi celebrado com vistas à cisão parcial da Gerdau Açominas, com redução de seu capital social e com incorporação das parcelas cindidas nas sociedades supra mencionadas. Dispõe o Protocolo que a “cisão terá como data efetiva o dia 30/07/2005 e tomará como base o acervo líquido da Gerdau Açominas, avaliado pelo seu valor contábil em 30/06/2005, totalizando R\$ 6.958.715.521,19, sendo que o valor total cindido no montante de R\$ 3.730.071.611,09 será incorporado nas sociedades acima referidas”.

As sociedades são as quatro anteriormente mencionadas, entre elas a Gerdau Aços Especiais S/A, a qual, conforme laudo, incorporaria o valor de R\$ 379.203.931,09, correspondente aos valores contábeis dos bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de aços especiais, Este aumento de capital na fiscalizada, no valor de R\$ 379.203.931,09, ocorreria mediante a emissão de 179.847.622 ações ordinárias e 12.286 ações preferenciais, a serem atribuídas aos acionistas da Gerdau Açominas.

A Proposta e Justificação (fl. 179) repete os principais termos do Protocolo de Intenções, esclarecendo que a cisão permitiria a obtenção de “melhorias e alternativas estratégicas para o crescimento futuro do Grupo Gerdau. Em decorrência disso, a reorganização ora proposta busca concentrar os esforços da Organização nas suas principais competências, formalizando-a através da criação de uma pessoa jurídica para cada Operação de Negócios”.

Em 29/07/2005 foi realizada a 67ª Assembléia Geral Extraordinária da Gerdau Açominas (fl. 184), onde foram apresentados o Protocolo de Intenções e a Proposta e Justificação da cisão seguida de incorporação, documentos esses aprovados na íntegra.

BR

No Laudo de Avaliação do Acervo Líquido da Gerdau Açominas, de 28/07/2005, há informações sobre a composição do acervo líquido da sociedade cindida e das sociedades que incorporaram parte desse acervo. Para fins desta ação fiscal, interessa identificarmos as rubricas relativas à transferência do ágio, posteriormente utilizado pela Gerdau Aços Especiais.

Conforme o Laudo (fl. 206), a Gerdau Aços Especiais recebeu o valor de R\$ 550.488.805,22 referente à "perda de capital diferida" (que representa parcela do ágio herdado pela Gerdau Açominas quando essa incorporou a Gerdau Participações) e R\$ 363.322.611,45 referente à "provisão p/ manutenção da integridade contábil IN CVM 349" (que representa parcela da provisão efetuada na Gerdau Participações, por ocasião da incorporação desta pela Gerdau Açominas) A diferença entre a perda e a provisão foi registrada na Gerdau Aços Especiais como "Reserva de ágio IN CVM 349" (R\$ 187.166.193,77).

Na contabilidade da Gerdau Aços Especiais (fls. 1121 e 1122) observa-se que os valores registrados sofreram um ajuste, pois na realidade os saldos transferidos que passaram a ser amortizados foram, respectivamente, R\$ 545.823.645,85 (conta 180140 - "Diferido - Perda por Incorp. Gerdau Participaç") e R\$ 360.243.606,27 (conta 180145 - "Diferido - Prov. Ajuste Perda p/ Incorporação). Isso provavelmente porque o Laudo tem por base os valores de 30/06/2005, mas a parcela de amortização de julho/2005 foi registrada ainda integralmente na Gerdau Açominas.

A partir de agosto/2005 a Gerdau Aços Especiais passou a amortizar a perda num prazo de 117 meses, pois já havia ocorrido a amortização de três meses na cindida.

Nos meses de agosto e setembro de 2005 foram utilizadas as duas contas já referidas (180140 e 180145) e a diferença entre a amortização da perda e a reversão da provisão foi lançada na conta de despesa 485060 "(Desp. Não Oper – Amortização de Diferido)". A partir de outubro de 2005 passaram a ser utilizadas duas contas retificadoras (cta 185140 "(-) Amortizações - Ágio s/Perda por Incorp GP" e cta 185145 "(-) Amortizações - Prov Ajuste Perda p/ Incorp") e a contrapartida, tanto da amortização quanto da reversão da provisão, se deu na conta 485060 (fls. 61 a 63 e 73 a 96).

Isso acarretou uma despesa não operacional mensal de amortização de R\$ 4.665.158,11 e uma receita mensal de reversão da provisão de R\$ 3.079.006,00 De forma concomitante, a fiscalizada passou a excluir da apuração do lucro real o valor da reversão da provisão (R\$ 3.079.006,00), que estava controlado na parte B do Lalur (fls. 382 a 567).

O efeito total foi uma redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de aproximadamente R\$ 4.665.158,00 ao mês.

No mais, o Relatório Fiscal do presente processo administrativo expõe a mesma argumentação transcrita na apresentação da exigência do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, retomando-se, desta forma, a reprodução do relatório lá apresentado:

3. O Grupo Gerdau como grupo econômico

À época dos fatos descritos neste Relatório, os controladores das empresas envolvidas, conforme DIPJs e documentos apresentados pelo contribuinte, eram os seguintes:

- Gerdau S/A: entre diversos sócios informados na DIPI do ano calendário 2005, destaque para a participação da Metalúrgica Gerdau, com 42,80% do capital total e 75,73% do capital votante;



- Gerdau Participações S/A (antiga Siderúrgica Riograndeme): *no momento da subscrição de capital que gerou o ágio, em 29/12/2004, era controlada pela Gerdau S/A, com 99,98% do capital. Quando da incorporação pela Açominas, em 09/05/2005, a composição societária da Gerdau Participações era 96,6% da Gerdau S/A e 3,39% do Banco Itaú BBA;*

- Gerdau Açominas S/A (fiscalizada): *conforme quadro retirado do Laudo de Avaliação, em 22/12/2004 a Gerdau S/A detinha 91,49% da Açominas. Após o aumento de capital da Gerdau Participações com ações da Gerdau Açominas, realizado pela Gerdau S/A, a Gerdau Participações passou a controlar a Gerdau Açominas, detendo 91,5 % do seu capital. Após a incorporação da Gerdau Participações pela Gerdau Açominas, esta passou a ser novamente controlada diretamente pela Gerdau S/A (89,35%);*

- Gerdau Internacional Empreendimentos: *conforme quadro retirado do Laudo de Avaliação, em 22/12/2004 a Gerdau S/A detinha 94,88% da Gerdau Internacional. Segundo a DIPJ/2005, ao final de 2004 a Gerdau S/A detinha o controle com 72,08% do capital, enquanto a Gerdau Participações detinha 22,81%;*

Conclui-se que as operações envolveram sociedades sob o controle comum, direto ou indireto, da Gerdau S/A, o que basta para caracterizar que foi gerado um ágio interno no grupo econômico. A composição do Grupo Gerdau é bastante complexa, mas a estrutura de controle acima da Gerdau S/A pode ser definida de forma simplificada como segue (fls. 1647 a 1658).

No período em que ocorreu a reestruturação, a Gerdau S/A era controlada pela Metalúrgica Gerdau S/A, que por sua vez tinha como maiores acionistas as sociedades INDAC Ind Com S/A (29,33% do capital votante), e o Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda (25,57% do capital votante). Este é controlado pela INDAC, que detém 55,7% do seu capital Assim, indiretamente a INDAC controla a Metalúrgica Gerdau. O controle da INDAC, por sua vez, cabia à CINDAC Empreendimentos e Participações, com 100% do seu capital votante. Finalizando, a CINDAC é controlada 100% por uma pessoa jurídica domiciliada no exterior, a Stichting Gerdau Johannpeter.

4. O ágio na legislação societária e na legislação fiscal

A figura do ágio surge pela diferença positiva entre o valor pago pelas cotas/ações de uma sociedade e o valor patrimonial dessas ações, nas hipóteses em que a participação adquirida esteja sujeita à avaliação pelo método de equivalência patrimonial na investidora

As normas para o registro do ágio, os seus fundamentos econômicos e as condições de amortização são objeto da legislação societária e da legislação fiscal.

A Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) determina as hipóteses de obrigatoriedade de avaliação de investimentos pelo método de equivalência patrimonial:

[...]

A redação atual do art. 248 foi dada pelo art. 37 da Lei 11.941/2009:

[...]

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) disciplinou a avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas através da Instrução 247/96, que alterou e consolidou normas anteriores sobre o assunto (Instruções CVM 01/78, 15/80, 30/84 e 170/92). A norma da CVM tratou do ágio nos artigos 13 e 14 (este com redação modificada pela Instrução CVM 285/98), determinando o desdobramento do custo de aquisição do investimento (com a segregação do ágio), estabelecendo os

fundamentos econômicos que justificariam seu registro em conta patrimonial e definindo o prazo de amortização:

[...]

O tratamento fiscal do ágio encontra-se disciplinado pelos artigos 385, 391 e 426 do Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda):

[...]

O art. 391 do RIR/99, transcrito acima, determina a regra geral para o aproveitamento fiscal do ágio, qual seja, indedutibilidade na apuração do lucro real, salvo por ocasião da alienação ou liquidação da participação, quando será acrescido ao valor contábil do investimento para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

No que diz respeito aos processos de fusão, incorporação ou cisão, há regras específicas de dedutibilidade do ágio, previstas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, alterada pela Lei 9.718/98:

[...]

A partir do Plano Nacional de Desestatização (PND), no qual ocorreram diversas aquisições com ágio, houve uma intensificação dos processos de reestruturação societária, com o intuito de antecipar o aproveitamento econômico do ágio.

Diante desse quadro, com o intuito de preservar a qualidade das demonstrações financeiras e os direitos dos acionistas minoritários das companhias abertas, a CVM editou a Instrução 319/99, posteriormente alterada pelas Instruções CVM 320/99 e 349/01, dispondo sobre as operações de incorporação, fusão e cisão. O tratamento do ágio no processo de incorporação reversa foi disciplinado nos artigos 6º a 8º da Instrução CVM 319/99:

[...]

Posteriormente, a Lei 10637/02 estabeleceu novo benefício fiscal, ao permitir o diferimento da tributação do ganho obtido por pessoa jurídica, decorrente da subscrição e integralização de capital em outra pessoa jurídica, com participação societária detida em uma terceira sociedade, integralização essa efetuada a valores superiores ao registro da participação na escrituração contábil da subscritora.

A partir daí surgiu um novo desenho de reestruturação societária, absolutamente artificial, com a geração de ágio interno dentro de um grupo de sociedades sob controle comum (sem qualquer desembolso real), e o aproveitamento antecipado desse ágio mediante incorporação reversa. Essa tentativa de planejamento tributário combinaria a possibilidade de amortizar o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura proveniente de sociedade incorporada, de acordo com o art 7º, III, da Lei 9.532/97, com o diferimento do ganho de capital previsto no art. 36 da Lei 10.637/02:

[...]

Resumindo, se "A" detém participação em "B", poderá utilizar esta participação para integralizar capital em "C", a valores maiores do que o investimento encontra-se registrado na contabilidade de "A", podendo diferir a tributação do ganho de capital decorrente da operação. Além do ganho em "A", a operação gera um ágio em "C", que recebeu de "A" como integralização de capital, participação societária em "B", avaliada acima do valor patrimonial de "B".

O referido artigo foi revogado pela Lei 11.196/05, mas foi no seu período de vigência que ocorreram as operações de reorganização societária no Grupo Gerdaul descritas nesse relatório, através das quais foi gerado um ágio interno sem qualquer

suporte econômico, cujos efeitos fiscais não podem prosperar, conforme demonstrado no item seguinte.

5. Da impossibilidade do surgimento de ágio interno em grupo societário

Conforme já referido, o ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial, quando o valor pago pelas cotas/ações é maior do que o valor patrimonial dessas ações. Pode ocorrer tanto na aquisição da participação societária junto a terceiros, como na subscrição/integralização de capital em sociedade já existente ou em fase de constituição.

Para a caracterização do ágio é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros. A operação surge da vontade das partes independentes, que, no interesse comum, estabelecem um preço que reflita o valor real do investimento, baseado em fundamentos econômicos que demonstrem não estar plenamente representado na contabilidade da investida o seu valor justo.

Segundo Jorge Vieira da Costa Jr e Eliseu Martins⁸ [8 Operações de combinação de negócios: a incorporação reversa com ágio gerado internamente (1ª parte)" Boletim IOB nº 27 de 2004 Caderno de Temática Contábil e Balanços, pg. 02], a figura do ágio surge de uma transação realizada dentro de uma relação de comutatividade, independência e de não preponderância das partes envolvidas". Considerando a Teoria da Contabilidade, os autores admitem a figura do ágio numa transação como um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, ou seja, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço. Concluem que "à luz da teoria da contabilidade é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico."

Na geração do ágio amortizado pela fiscalizada não há partes independentes, mas somente pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, sob controle comum. A operação não redundou em ingresso de novos recursos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro. No acervo líquido vertido da Gerdau Participações S/A para a Gerdau Açominas S/A, a parcela de R\$ 3.134.243.953,83 representa um ativo fiscal surgido da expectativa de amortização de um ágio pelo qual nada se pagou.

O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), aborda a questão do ágio interno, não admitindo sequer a parcela do ágio relativa ao ativo fiscal diferido, sob a justificativa de que "no caso desses créditos tributários derivados de operações societárias entre empresas sobre controle comum, não há na essência e também na figura das demonstrações consolidadas qualquer desembolso que lhes dê suporte". [9 Iudícibus, Sergio de; Martins, Eliseu; Gelbcke, Ernesto Rubens FIECAFI -Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (aplicável às demais sociedades). 7ª ed., Atlas, 2008, pg. 599]

No novo Manual de Contabilidade Societária da Fipecafi¹⁰ [10 Iudícibus, Sergio de; Martins, Eliseu; Gelbcke, Ernesto Rubens; Santos, Arioaldo dos FIECAFI -Manual de Contabilidade Societária (aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC), 1ª ed., Atlas, 2010, pg. 442], editado em 2010, sob as novas normas contábeis brasileiras de convergência com as normas internacionais de contabilidade, os autores reiteram sua discordância quanto ao reconhecimento de ágio gerado internamente Destacam que a CVM já vedava a prática através do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, e que, atualmente, o pronunciamento técnico CPC 15 não permite o reconhecimento desse tipo de ágio.

No mesmo sentido o Pronunciamento Técnico CPC 04, cujo item 47 determina que o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

O ágio interno tem origem em uma construção contábil, que decorreu da interposição da Gerdau Participações S/A como intermediária entre a Gerdau Açominas e sua controladora Gerdau S/A, sem que se alterasse de fato o verdadeiro controlador. Não houve alienação ou aquisição do controle da Açominas, que sempre foi controlada direta ou indiretamente pela Gerdau S/A.

A falta de substrato econômico real para o reconhecimento de ganho ou perda na operação se reflete também na forma de contabilização adotada pelos contribuintes. A Gerdau S/A neutralizou no seu balanço de 31/12/2004 o ganho de R\$ 10.347.317.617,46, reconhecido em 29/12/2004. Isso ocorreu através de lançamento, naquele mesmo valor, de equivalência patrimonial negativa na conta representativa do investimento na Gerdau Participações (fl. 1667), tendo como contrapartida conta de resultado de equivalência patrimonial (fl. 1680). Como o PL da Gerdau Participações (GPAR) em 31/12/2004 era de R\$ 15.235.043.941,43 (fl. 1551) e a Gerdau S/A detinha 99,99% da GPAR, somente foi possível registrar equivalência negativa naquele montante porque foi desconsiderado o ágio registrado no ativo da GPAR (fl. 1550)

Já a suposta perda (diferida) na operação recebeu uma classificação contábil na Açominas, por ocasião da incorporação da GPAR, que também anulou seus efeitos na visualização do balanço. Isso porque a Açominas contabilizou o ágio e a provisão (reduzora do ágio) herdados da GPAR, no PL, em subcontas dentro de Reservas de Capital (fl. 1723), em desacordo com a Instrução CVM 319/99. Isso neutralizou o valor da Reserva de Ágio, também constituída por ocasião da incorporação no grupo de Reservas de Capital, reduzindo, por consequência, o PL da Gerdau Açominas. Essa classificação permaneceu após a cisão (fl. 1725), e nos anos seguintes, como se pode constatar do confronto entre o valor das Reservas de Capital informado na DIPJ 2009 (fl. 1261) e o balancete de 31/12/2008 (fl. 1726), denotando a manutenção do ágio e da provisão dentro das Reservas de Capital.

Não se pode extrair nem do art. 36 da Lei 10.637/02, nem do art. 7º da Lei 9.532/97, qualquer pressuposto de validação para o ágio artificialmente gerado. No mesmo sentido o art. 6º da Instrução CVM 319/99, que contempla a hipótese de incorporação reversa para aproveitamento do ágio. Essa orientação da CVM trata do autêntico ágio, que surgiu em muitas aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos, e cujo aproveitamento estava sendo otimizado através da replicação do ágio em sociedade criada para esse fim (veículo), e incorporada posteriormente pela sua controladora. Na origem dessas operações houve pagamento efetivo por esse ágio, hipótese, portanto, completamente distinta do caso da fiscalizada.

A própria Comissão de Valores Mobiliários, no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 14 de fevereiro de 2007, tratou de esclarecer que é inadmissível o reconhecimento de ágio nessas condições:

[...]

A norma da CVM não limita ou altera qualquer dispositivo legal, apenas explicita um conceito contábil há muito consolidado, que os supostos planejamentos tributários tentaram distorcer. O art. 7º da Lei 9.532/97 não sofreu, e nem poderia sofrer, qualquer restrição infralegal, pois sempre se destinou ao verdadeiro ágio.

Nesse sentido, destacamos trecho do voto do relator em decisão do Colegiado da CVM em processo administrativo, no qual se discutia uma determinação da Superintendência de Relações com Empresas para que uma Sociedade Empresária

*refizesse suas demonstrações financeiras em razão do registro indevido de ágio gerado em operação com partes relacionadas*¹¹ [11 Processo RJ 2007/3480, Ata da Reunião do Colegiado nº 26 de 03.07.2007, disponível em www.cvm.gov.br. As referências (2) e (3) contidas na transcrição do voto remetem à edição de 2003 do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FINECAFI, já referido anteriormente]:

“Quanto ao primeiro ponto, entendo ter razão a área técnica. Não se pode afirmar que seja novo o entendimento da CVM quanto à impossibilidade contábil de aproveitamento do ágio interno (assim entendido como aquele gerado em operações entre partes relacionadas). Como lembra a SNC, essa impossibilidade está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor — segundo os especialistas “o mais antigo e discutido princípio de contabilidade”⁽²⁾ — que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo ressalvada a hipótese restrita (e mesmo inexistente em alguns países como nos Estados Unidos⁽³⁾) de reavaliação e, ainda, observando-se o valor de recuperação, sempre que menor. Como destacam as áreas técnicas, esse princípio foi expressamente reconhecido na “Estrutura Conceitual Básica de Contabilidade” desde a Deliberação 29/86, além de estar à base da Deliberação 183/95. (grifo nosso)

Não há qualquer suporte na teoria da contabilidade ou nas normas societárias e fiscais para o reconhecimento de ágio na sequência de operações praticadas pelo Grupo Gerdau.

Não se discute aqui, por ser irrelevante na fundamentação da autuação, o propósito negocial da operação como um todo, que culminou na cisão da Gerdau Açominas e na consequente individualização por segmento de atuação dentro do Grupo Gerdau

A irregularidade é a utilização de um artifício contábil sem suporte econômico (registro de ágio interno), na tentativa de aplicar o tratamento previsto na legislação para o verdadeiro ágio.

Além disso, embora não se conteste a motivação final do processo de reestruturação, é evidente que a etapa intermediária de interposição da Gerdau Participações S/A, sociedade empresária praticamente inoperante há muitos anos e temporariamente reativada como holding de efêmera duração (quatro meses), objetivou unicamente buscar o benefício fiscal previsto no art. 7º da Lei 9.532/97.

São insubsistentes, portanto, os efeitos fiscais na apuração da base de cálculo de IRPJ e CSLL da fiscalizada, decorrentes da amortização do suposto ágio herdado na incorporação da Gerdau Participações S/A, cuja origem foi a subscrição de capital pela Gerdau S/A na Gerdau Participações S/A, através da transferência de investimento detido pela subscritora junto à Gerdau Açominas.

Estas as premissas para a autoridade lançadora assim concluir o Relatório Fiscal de fls. 1123/1151, relativamente à autuada:

6. Crédito tributário apurado

Foram glosadas as despesas relacionadas à amortização do ágio transferido para a Gerdau Aços Especiais S/A, conforme detalhado abaixo.

A fiscalizada levou a débito de conta de resultado, mensalmente, 1/117 da conta 180140 - "Diferido - Perda por Incorp Gerdau Participaç" (R\$ 545.823.645,85/117 = R\$ 4.665.159,36). Concomitantemente, lançou a crédito de resultado 1/117 da conta 180145 - "Diferido - Prov. Ajuste Perda p/ Incorporação" (R\$ 360.243.606,27/117 = R\$ 3.079.005,18) O efeito líquido contábil foi uma redução mensal de aproximadamente R\$ 1.586.154,00 no resultado, objeto de glosa pela fiscalização por se tratar de despesa não operacional indevida.

Além dos lançamentos contábeis, a fiscalizada excluiu do lucro real e da base de cálculo da CSLL o valor da reversão da provisão (em torno de R\$ 3.079.005,00 ao mês) Essas exclusões foram também glosadas pela fiscalização.

É importante destacar que não há sobreposição nos valores das duas infrações, pois a glosa contábil foi pelo valor líquido, o qual, somado à glosa da exclusão do Lalur, representa o total da amortização indevida do ágio.

Em alguns trimestres o contribuinte havia apurado base de cálculo negativa de IRPJ e CSLL, e compensado esses prejuízos em períodos posteriores. Em função da nova apuração procedida pela fiscalização, esses prejuízos foram revertidos e a compensação posterior se mostrou indevida. Há, portanto, uma terceira infração, decorrente da compensação indevida de prejuízos..

Em função dessas irregularidades foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL conforme quadro abaixo;

[...]

7. Conclusão

Esses foram os fatos constatados durante a fiscalização levada a efeito junto à Gerdau Aços Especiais S/A, que resultou na lavratura dos autos de infração que compõem o processo administrativo digital nº 11080.723701/2010-74.

O contribuinte poderá obter cópia integral do processo no Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC), na Av. Loureiro da Silva, 445, sobreloja, devendo preencher o formulário "solicitação de cópia de documentos", disponível na página da Receita Federal na internet (opção "formulários"), e apresentá-lo juntamente com mídia para a gravação (CD ou DVD vazios).

A autoridade julgadora de 1ª instância, por sua vez, ao relatar a matéria em litígio, fez considerações idênticas às registradas no relatório do acórdão proferido nos autos do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, apenas com alguns acréscimos abaixo destacados entre colchetes:

[...]

De início, entendo importante recuperar dados a respeito do Gerdau que, mais adiante, serão importantes para a formação da convicção em torno da existência ou não de vantagens fiscais indevidas.

De forma simplificada, o controle societário do Gerdau é exercido pela sociedade Metalúrgica Gerdau S.A., que, por sua vez, exerce o controle da sociedade Gerdau S.A. (vide documento "Estrutura Societária" no sítio <http://www.gerdau.com/investidores/acoes-estrutura-societaria.aspx?language=pt-BR>). As duas sociedades antes referidas tem suas ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo, identificadas pelos códigos de negociação goau3, goau4, ggbr3 e ggbr4 (o primeiro e o terceiro referem-se às ações ordinárias da Metalúrgica Gerdau S.A. e da Gerdau S.A., respectivamente, enquanto o segundo e o quarto referem-se às ações preferenciais das mesmas companhias, na mesma ordem). A Gerdau S.A. também tem seus papéis negociados nas bolsas de valores de Nova Iorque e Madri, sob os códigos de negociação ggb e xggb, respectivamente. As operações societárias analisadas pelo Fisco, objeto do presente processo, não afetaram os acionistas dessas duas sociedades. As operações societárias focadas pelo Fisco representaram alterações para sociedades controladas pela Gerdau S.A.. Passo a tratar, então, dessas operações, partindo da aquisição do controle acionário da Aço Minas Gerais S.A. - Açominas.

Em 2001 a Gerdau S.A. reportou aos seus acionistas aquisição de participação societária relevante perante a Açominas. Confira-se os termos de parte do “Relatório da Administração” relativo àquele exercício financeiro (<http://v3.gerdau.infoinvest.com.br/ptb/3614/2001GerdauSA.pdf>):

“No final do exercício de 2001, foram realizados dois importantes investimentos: em 7 de dezembro, oferta para aquisição de 17,67% do capital social da Açominas, por R\$ 426,6 milhões, em leilão promovido pelo Banco Central do Brasil, e, em 28 de dezembro, compra dos ativos operacionais da Birmingham Southeast, usina siderúrgica localizada em Cartersville, Estado da Geórgia, Estados Unidos, pelo valor de US\$ 48,8 milhões.

Em função de tais investimentos, a consolidação das demonstrações financeiras do exercício de 2001 sofreu alteração. A Açominas, que era consolidada proporcionalmente à participação da Gerdau, passou a ser consolidada 100% na parte final do ano.”

As “Notas Explicativas” das demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2001 (item 4 – “Demonstrações Contábeis Consolidadas”) complementam os dados apontados no “Relatório da Administração” (mesmo documento citado no parágrafo anterior – valores expressos em milhares de reais) da seguinte forma:

“Durante o exercício ocorreram as seguintes operações:

- a) Em 30/08/2001 foi adquirido 0,45% de ações da Aço Minas Gerais S.A. – Açominas no valor de R\$ 2.080.
- b) Em 07/12/2001 foram leiloados 17,67% do capital total da Aço Minas Gerais S.A. – Açominas, tendo a Companhia, através de sua controlada Gerdau Participações Ltda, arrematado o total ofertado. Até esta data, apenas o sócio Natsteel Brasil Ltda. manifestou sua desistência em adquirir sua parte proporcional das ações leiloadas (conforme acordo de acionistas da Açominas). Os demais sócios tem até o dia 13/02/2002 para manifestar sua opção. Desta forma, foi considerado como adquirido 13,82% do capital da Açominas, no valor de R\$ 333.780.”

No ano seguinte (2002), a Gerdau S.A. informou, via “Relatório da Administração”, a ampliação da participação societária devida junto à Açominas. Confira-se os termos (<http://v3.gerdau.infoinvest.com.br/ptb/3612/2002GerdauSA.pdf>):

“Em nível de operação, ocorreu em 2002 a ampliação da participação da Gerdau na Açominas, o que permitiu obter a maioria qualificada dos votos dentro do grupo de controle da Companhia. Em fevereiro desse ano, foi concluída a aquisição da participação de 17,7% pertencentes a uma das empresas do Banco Econômico e, em outubro, a participação de 24,8% detidos pela Natsteel, de Cingapura. Hoje a Gerdau detém 78,9% do capital social da Açominas.”

Em 2003 houve a reestruturação operacional do Gerdau no Brasil, tendo sido transferidos para a Açominas as operações siderúrgicas e ativos complementares da Gerdau S.A., após o que a sociedade Açominas passou a denominar-se Gerdau Açominas S.A. . Essa sociedade, como se verá mais adiante, ocupa posição fundamental nas operações societárias tomadas pelo trabalho fiscal Confira-se parte do “Relatório da Administração” publicado pela Gerdau S.A. relativamente ao exercício de 2003 (<http://v3.gerdau.infoinvest.com.br/ptb/4604/2003GerdauSAJORNAL.pdf>):

“Reestruturação Operacional no Brasil

Em 28 de novembro, os acionistas da Gerdau S.A. e da Aço Minas Gerais S.A. – Açominas aprovaram a integração de suas atividades operacionais em uma única empresa. Esta operação consistiu na transferência de todas as operações siderúrgicas

e de ativos complementares da Gerdau S.A. no Brasil para a Açominas, alterando a razão social desta última para Gerdau Açominas S.A..

As 10 unidades de produção siderúrgica no Brasil passaram a atuar de forma integrada com os 11 centros de serviços de aços longos (corte e dobra), 6 unidades de transformação e a Comercial Gerdau, com suas 73 filiais e 5 centros de serviços. Essa nova estrutura resultou em um melhor mix de produtos e possibilita o aproveitamento de sinergias operacionais e comerciais e a otimização dos processos administrativos.”

No ano de 2004, a Administração do Gerdau reportou medidas de reorganização societária. Confira-se, a esse respeito, trecho do “Relatório da Administração” publicado pela Gerdau S.A. relativamente àquele período (<http://v3.gerdau.infoinvest.com.br/ptb/4602/2004GerdauSAJORNAL.pdf>):

“No dia 3 de dezembro, o Conselho de Administração da Gerdau S.A. autorizou a Administração da Companhia a implantar medidas de reorganização societária das empresas do Grupo Gerdau no Brasil e demais países da América do Sul, dando continuidade ao processo que começou há dois anos, com a integração, no nosso País, das atividades operacionais da Gerdau S.A. e da Aço Minas Gerais S.A. - Açominas, da qual resultou a Gerdau Açominas S.A. Com a presente reorganização, espera-se obter maiores vantagens estratégicas ao nível de toda a América do Sul, bem como maior eficiência operacional e de gestão, decorrentes da especialização e da localização das diferentes Unidades e Operações de Negócios do Grupo Gerdau. Buscar-se-á concentrar os esforços da organização em suas competências principais, atuação focada e ganho de massa crítica dentro de cada uma das áreas de competência. Adicionalmente, essa reorganização irá contemplar alternativas para o crescimento futuro da organização.

Em 29 de dezembro, foi concretizado o primeiro ato dessa reorganização com o aporte de capital à holding Gerdau Participações S.A. das ações da Gerdau Açominas S.A. e parte das quotas da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., detidas pela Gerdau S.A., representativas, respectivamente, de 91,5% e 22,8% do capital social daquelas empresas. As quotas aportadas ao capital da Gerdau Participações S.A. correspondem às participações da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., diretas ou indiretas, no capital das empresas Gerdau Chile Inversiones Ltda., Gerdau Laisa S.A. e Sipar Aceros S.A..

Atualmente, estão sendo ultimados estudos pela Administração, com o apoio de consultores externos, para a definição da estrutura final da reorganização societária.

A reorganização prevê a criação de empresas distintas, uma para cada Unidade/Operação de Negócio, abrangendo as atividades localizadas no Brasil e nos demais países da América do Sul. Deverão ser constituídas empresas para abrigar os diferentes focos de atuação, tais como aços longos, aços especiais, placas, blocos e tarugos e distribuição.

As novas empresas deverão ser constituídas após a conclusão dos estudos e as respectivas aprovações pelo Conselho de Administração e pelas assembléias de acionistas das empresas envolvidas.

Os acionistas das companhias abertas no Brasil e no exterior não serão afetados com a reorganização. Eles continuarão com as suas posições atuais nas respectivas empresas, assim como manterão todos os seus direitos preservados.”

As “Notas Explicativas” das demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2004 (item 4 – “Demonstrações Contábeis Consolidadas” – mesmo documento citado no parágrafo anterior) também trataram da reorganização societária. Verifique-se:

“IX) No dia 03/12/2004, o Conselho de Administração da Gerdau S.A. autorizou a Administração da Companhia a implantar medidas de reorganização societária com vistas a obter maiores vantagens estratégicas, bem como maior eficiência operacional e de gestão, decorrentes da especialização e da localização das diferentes Unidades e Áreas de Negócios do Grupo Gerdau. Buscar-se-á concentrar os esforços da organização em suas competências principais, atuação focada e ganho de massa crítica dentro de cada uma das áreas de competência. Adicionalmente, essa reorganização irá contemplar soluções para o crescimento futuro da organização. No dia 29/12/2004, foi concretizado o primeiro ato deste processo com o aporte de capital à holding Gerdau Participações S.A. das ações da Gerdau Açominas S.A. e parte das quotas da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., detidas pela Gerdau S.A., representativas, respectivamente, de 91,5% e 22,8% do capital social daquelas empresas. As quotas aportadas ao capital da Gerdau Participações S.A. correspondem às participações da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., diretas ou indiretas, no capital das empresas Gerdau Chile Inversiones Ltda., Gerdau Laisa S.A. e Sipar Aceros S.A. O modelo final da reorganização societária ainda não foi concluído e terá continuidade na medida em que as propostas da Administração forem aprovadas pelo Conselho de Administração. Portanto, medidas adicionais deverão ser implantadas no decorrer do ano em curso, as quais serão objeto de divulgação, tão logo venham a ocorrer.”

*No presente passo, cabível que se dê maior atenção ao início da reorganização societária noticiada pelo Gerdau. No dia **29 de dezembro de 2004**, a sociedade Siderúrgica Riograndense S.A. realizou assembléia geral extraordinária na qual restou deliberada (1) a alteração da denominação social para Gerdau Participações S.A. (2) a modificação do objeto social (ênfase na participação societária) e (3) a elevação do capital social de R\$ 422.360,00 para R\$ 15.227.078.630,00 (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 4 a 7/34 do documento eletrônico). Esse aumento de capital foi efetivado mediante a emissão de 9.248.942.700 ações ordinárias nominativas ao preço de R\$ 1,646313 cada uma. Essas ações foram subscritas e integralizadas através da incorporação das seguintes participações societárias: (a) 145.146.117 ações ordinárias e 5.512 ações preferenciais da sociedade Gerdau Açominas S.A., avaliadas, consoante laudo, em R\$ 13.698.283.480,00, e (b) 607.398.462 quotas do capital da sociedade Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau, avaliadas, consoante laudo, em R\$ 1.528.372.790,00, salientando-se que essa avaliação dizia respeito às participações societárias detidas pela última no capital das sociedades Gerdau Chile Inversiones Ltda., Gerdau Laisa S.A. (Uruguai) e Sipar Aceros S.A. (Argentina). Consoante mapa da estrutura societária do Gerdau apresentado junto ao “Relatório da Administração” da Gerdau S.A., relativamente ao ano 2004 (<http://v3.gerdau.infoinvest.com.br/ptb/4602/2004GerdauSAJORNAL.pdf>), a Gerdau Participações S.A. passou a deter 91,5% do capital da Gerdau Açominas S.A. e 22,8% do capital da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau.*

A operação acima descrita ensejou aumento do capital da Gerdau Participações S.A. em R\$ 15.226.656.270,00, devidamente registrado no patrimônio líquido. No ativo da sociedade, foram registrados os valores patrimoniais das duas participações (R\$ 4.479.918.909,94 na Gerdau Açominas S.A. e R\$ 641.491.640,84 na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau) e os valores dos ágios apurados (R\$ 9.218.364.570,06 na Gerdau Açominas S.A. e R\$ 886.881.149,16 na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau). O ágio então apurado teve por fundamento a expectativa de resultado futuro, lastreado em laudo de avaliação das participações societárias incorporadas ao patrimônio da Gerdau Participações S.A..

A Gerdau S.A., anterior proprietária das participações societárias incorporadas ao patrimônio da Gerdau Participações S.A., não tributou o ganho de capital consistente na diferença entre o valor de integralização e o valor apontado na escrituração contábil em função da disposição constante do art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, mais adiante revogada pelo art. 133, III, da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. A norma legal antes referida permitia o diferimento da tributação a título de IRPJ e CSLL. Confirma-se os termos da norma que pautou o procedimento do contribuinte, dando especial atenção ao § 2º do art. 36:

[...]

A respeito do ganho diferido pela Gerdau S.A., a Fiscalização efetuou o seguinte esclarecimento (pág. 6 do “Relatório da Ação Fiscal):

[...]

*Em **28 de abril de 2005**, Gerdau S.A., Gerdau Participações S.A. e Gerdau Açominas S.A. firmaram “Protocolo de Intenções” (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 17 a 19/34 do documento eletrônico) segundo o qual restou pactuada a futura incorporação da Gerdau Participações S.A. pela Gerdau Açominas S.A., que iria se efetivar no dia 9 de maio de 2005. **O contrato já previu os efeitos patrimoniais do aumento de capital da Gerdau Participações S.A. que iria se realizar no dia 6 de maio de 2005**, considerando a repercussão desse aumento sobre a operação de incorporação que seria efetivada mais adiante, em 9 de maio de 2005 (item I do “Protocolo de Intenções”). Restou fixado, então, que o capital social da Gerdau Açominas S.A. aumentaria em R\$ 1.224.645.638,74, mediante a emissão de 166.360.030 ações ordinárias, que seriam distribuídas aos sócios da Gerdau Participações S.A. na proporção das participações detidas no capital da sociedade incorporada. Adicionalmente, seria constituída uma reserva especial de ágio no montante de R\$ 3.134.243.953,83.*

*Ainda no dia 28 de abril de 2005, Gerdau Participações S.A. e Gerdau Açominas S.A. emitiram duas “Proposta e Justificação da Administração à Assembléia Geral Extraordinária a ser convocada para o dia 9 de maio de 2005” (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 20 a 23/34 do documento eletrônico). Os dois documentos, como não poderia deixar de ser, reprisam dados do “Protocolo de Intenções”. A Gerdau Participações S.A. fixou sua AGE para as 13 horas, enquanto a Gerdau Açominas S.A. fixou a sua para as 14 horas. **A justificativa apresentada nos dois documentos é idêntica, tendo sido assim redigida:***

“A operação cuja aprovação pelos Senhores Acionistas é ora solicitada se justifica por oportunizar à totalidade dos acionistas da Gerdau Açominas participar, em igualdade de condições com seu controlador, dos negócios siderúrgicos desenvolvidos pelo Grupo Gerdau na América do Sul, bem como, o uso eficiente de disponibilidades de recursos financeiros, visando o desenvolvimento de novos negócios na região.

A referida operação é um estágio intermediário no processo de reorganização societária pelo qual está passando o Grupo Gerdau, o qual busca o alinhamento da estrutura societária à estratégia de gestão, para maximizar o desempenho das operações e melhorar o entendimento e a transparência das informações ao mercado, sobre cada negócio.”

*Mais adiante, no dia **6 de maio de 2005**, a Gerdau Participações S.A. realizou assembléia geral extraordinária na qual aprovou o aumento do seu capital social de R\$ 15.227.078.630,00 para R\$ 15.777.787.630,00, mediante a emissão de 325.062.172 ações ordinárias ao valor nominal de R\$ 1,69198401836 cada. Houve um aumento de capital, portanto, no valor total de R\$ 550.000.000,00. O subscritor*



foi o Banco Itaú BBA S.A. (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 14 a 16/34 do documento eletrônico). Importante salientar que essa operação não contemplou qualquer ágio, posto que, em princípio, o patrimônio da sociedade já estaria avaliado a preços de mercado.

Importante referir, no presente momento, que o aumento de capital da Gerdau Açominas S.A. referido no “Protocolo de Intenções” (R\$ 1.224.645.638,74) dizia respeito, substancialmente, (1) ao valor patrimonial das 607.398.462 quotas do capital da sociedade Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau, incorporadas ao capital da Gerdau Participações S.A. em 29 de dezembro de 2004, no montante de R\$ 641.491.640,84, e (2) ao valor subscrito e integralizado ao capital social da Gerdau Participações S.A. pelo Banco Itaú BBA S.A. em 6 de maio de 2005, no montante de R\$ 550.000.000,00. Essas duas cifras montam R\$ 1.191.491.640,84, em comparação com R\$ 1.224.645.638,74 referido no “Protocolo de Intenções”. A diferença, mínima (menos de 3%), decorre do patrimônio amealhado ao tempo da Siderúrgica Riograndense S.A. e de outras variações patrimoniais observadas na Gerdau Participações S.A. de dezembro de 2004 a maio de 2005. Esse aumento de capital seria efetuado em favor dos sócios da sociedade que seria extinta em 9 de maio de 2005: Gerdau Participações S.A.. Seus sócios relevantes eram Gerdau S.A. (96,51%) e Banco Itaú BBA S.A. (3,49%). Além dos bens acima referidos, o incorporador ainda recebeu o ativo atinente ao ágio registrado na escrita da incorporada, no montante de R\$ 3.134.243.953,83. O laudo de avaliação do acervo patrimonial da Gerdau Participações S.A. (documento das fls. 40 a 83 dos autos – 3 e 4/44 do documento eletrônico), emitido pelos peritos em 28 de abril de 2005, é claro quanto a isso, tendo-se presente que a participação da incorporada na incorporadora não consiste em bem que tenha se agregado ao patrimônio da incorporadora. Passo a tratar, então, do ágio.

Quanto à reserva especial de ágio referida no “Protocolo de Intenções”, no montante de R\$ 3.134.243.953,83, cabível esclarecer que o valor decorre da observância ao disposto no art. 6º, § 1º, da Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, com a redação que lhe foi dada pela Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001. Essa norma pauta a contabilização, na incorporadora ex-controlada, do ágio apurado pela incorporada ex-controladora quando da aquisição do investimento na ex-controlada. Em síntese, o regramento citado objetiva circunscrever os efeitos contábeis do ágio aos seus aspectos fiscais diante da incorporação de uma sociedade controladora por sua controlada. Confirma-se os termos do art. 6º antes referido:

[...]

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM buscou expurgar das demonstrações financeiras valores que não tivessem significação econômica. Por esse motivo, determinou a constituição, na incorporada, de provisão (redução concomitante do ativo e do patrimônio líquido) em montante equivalente à diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal decorrente da sua amortização (§ 1º, “a”). O valor líquido remanescente dessa operação (ágio – provisão) deveria ser registrado em conta do patrimônio líquido da incorporadora denominada “Reserva Especial de Ágio” (§ 1º, “b”), enquanto o ativo da incorporadora deveria registrar esse mesmo valor líquido no circulante ou no realizável a longo prazo de acordo com a expectativa de realização do ágio (§ 1º, “d”).

Em função das normas antes esmiuçadas, o “Protocolo de Intenções” já esclarecia que a Gerdau Açominas S.A. constituiria uma reserva especial de ágio no montante de R\$ 3.134.243.953,83. Explico: no caso dos autos, a conta “Reserva Especial de Ágio” contemplou o valor de R\$ 3.134.243.953,83, equivalente a 34% do ágio apurado pela Gerdau Participações S.A. quando da aquisição do investimento na

Gerdau Açominas S.A.. A “Reserva Especial de Ágio” contempla o efeito fiscal da amortização do ágio como um todo, tendo em vista as alíquotas de 25% do IRPJ (15% ordinários mais 10% de adicional) e 9% da CSLL. O valor de R\$ 3.134.243.953,83 equivale, portanto, a 34% do ágio de R\$ 9.218.364.570,06. Relativamente à participação na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau, a provisão foi integral (100% - pág. 7 do “Relatório da Ação Fiscal).

Posteriormente, em 9 de maio de 2005, a Gerdau Açominas S.A., consoante previsto, incorporou a Gerdau Participações S.A.. Houve, naquela data, consoante item 7, “d”, da Ata da 66ª Assembléia Geral Extraordinária (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 27 a 34/34 do documento eletrônico), o aumento do capital da Gerdau Açominas S.A. em R\$ 1.224.645.638,74 e a constituição de “Reserva Especial de Ágio” no montante de R\$ 3.134.243.953,83 (item 7, letra “d”, do documento antes referido).

Quais as conseqüências societárias e fiscais que resultariam, em princípio, da operação até aqui relatada?

Para fins societários, a sociedade incorporadora, após apontar em seu ativo o valor equivalente à diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal, passou a registrar a amortização desse ativo em seus resultados. Assim, mês a mês, o ativo é reduzido pela amortização do ágio, impactando negativamente o resultado societário (despesa). No caso dos autos, a Gerdau Açominas S.A. passou a efetuar a amortização do ágio à razão de 1/120 mensais (pág. 10 do “Relatório da Ação Fiscal”). Esse valor, entretanto, não gera qualquer prejuízo aos sócios, porquanto a verba suprimida do resultado equivale aos tributos que deixam de ser recolhidos em função da dedução fiscal do referido ágio, da qual tratarei no próximo parágrafo. Esse foi o objetivo da Instrução CVM nº 319, de 1999, com a redação que lhe foi dada pela Instrução CVM nº 349, de 2001.

Do ponto de vista fiscal, se faz necessário retroceder ao tempo no qual a controladora ainda existia e já se preparava para a incorporação. A sociedade que seria incorporada constituiu as provisões atinentes ao ágio na sua escrita (no mínimo 66%). A despesa então gerada foi considerada não dedutível, tendo em vista o disposto no inciso I do artigo 13 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, assim redigido:

[...]

Em razão da indedutibilidade fiscal da despesa, o valor da provisão foi adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real. Esse registro se deu na Parte “A” do Livro de Apuração do Lucro Real – Lalur. Concomitantemente, foi apontado na Parte “B” do Lalur, que se destina a registros dos valores que constituirão, nos exercícios subseqüentes, exclusões ao lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, conforme estabelecido no item 4.2 da Instrução Normativa SRF nº 28, de 13 de junho de 1978.

Posteriormente, em função da incorporação, tendo em vista a sucessão em direitos e obrigações prevista no art. 227 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a incorporadora avocou os registros apontados no Lalur da incorporada, consoante previsto no item 6 da Instrução Normativa SRF nº 7, de 27 de janeiro de 1981, que contém os seguintes termos:

[...]

Assim, além da incorporadora efetuar o lançamento contábil, para fins societários, da despesa relativa à amortização do ágio “líquido” aceito pela CVM, é possível, também, para fins fiscais, a dedução da amortização do ágio que restou registrado na Parte “B” do Lalur, ou seja, da parcela do ágio que foi provisionada pela

incorporada previamente à incorporação. No caso dos autos, houve o lançamento do valor de R\$ 6.084.120.616,23 na Parte “B” do Lalur da Gerdau Açominas S.A. (documento das folhas 216 a 365 - 44/150 do documento eletrônico). Esse valor equivale a 66% do ágio apurado quando da aquisição, pela Gerdau Participações S.A., da participação na Gerdau Açominas S.A..

Dessa forma, como o lucro real é apurado a partir do lucro líquido (societário), a base de cálculo tributária acaba reduzida pela integralidade do ágio, parte via escrita contábil, parte via escrita fiscal (Lalur). Esse procedimento, quando verdadeiro e efetivo, encontra abrigo no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, com a redação que foi dada ao art. 7º pelo art. 10 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Verifique-se os termos das normas referidas:

[...]

Após a incorporação, ocorrida em 9 de maio de 2005, a Gerdau Açominas S.A. passou a amortizar o ágio incorporado à razão de 1/120 ao mês. Três meses após a incorporação, a Gerdau Açominas S.A. foi objeto de cisão, processo através do qual parte do patrimônio da ex-incorporadora foi vertido ao capital de quatro novas sociedades: Gerdau Aços Especiais S.A. [aqui destacada como sendo a interessada no presente processo], Gerdau Aços Longos S.A., Gerdau América do Sul Participações S.A. e Gerdau Comercial de Aços S.A. (documento das folhas 40 a 83 - 6/44 do documento eletrônico).

Feito esse esclarecimento quanto ao enquadramento legal colimado pelo contribuinte, retorno à cadeia de operações societárias.

[aqui acrescido que: “Em **15 de abril de 2005**, foi constituída a sociedade Gerdau Aços Especiais S.A., tendo sido subscrito e integralizado o capital social, no montante total de R\$ 1.000,00, pelos seguintes sócios: R\$ 990,00 (99%) por Gerdau Açominas S.A. e R\$ 10,00 (1%) por Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda. (documento das fls. 343 a 381 dos autos – 1 a 7/39 do documento eletrônico).”]

*Em **19 de julho de 2005**, foram firmados (a) o “Protocolo de Intenções”, jungindo Gerdau Açominas S.A., Gerdau Aços Especiais S.A., Gerdau Aços Longos S.A., Gerdau Comercial de Aços S.A. e Gerdau América do Sul Participações S.A. (documento das fls. 40 a 83 dos autos – 5 a 44/44 do documento eletrônico), e (b) “Proposta e Justificação da Administração à Assembléia Geral Extraordinária a ser convocada para o dia 29 de julho de 2005”, emitido pela Administração da Gerdau Açominas S.A. (documento das fls. 84 a 115 dos autos – 1 a 5/32 do documento eletrônico). Tais atos tiveram por objetivo a cisão parcial da Gerdau Açominas S.A. e a incorporação do patrimônio cindido ao capital das outras quatro sociedades referidas ao início do presente parágrafo.*

Consta do “Protocolo de Intenções” a seguinte disposição (documento das fls. 40 a 83 dos autos – 6/44 do documento eletrônico):

“A cisão terá como data efetiva o dia 30.07.2005 e tomará como base o acervo líquido da Gerdau Açominas, avaliado pelo seu valor contábil em 30.06.2005, totalizando R\$ 6.958.715.521,19 (seis bilhões, novecentos e cinquenta e oito milhões, setecentos e quinze mil e quinhentos e vinte um reais, dezenove centavos), sendo que o valor total cindido, no montante de R\$ 3.730.071.611,09 (três bilhões, setecentos e trinta milhões, setenta e um mil, seiscentos e onze reais, nove centavos) será incorporado nas Sociedades acima referidas, conforme segue:

- R\$ 379.203.931,09 (trezentos e setenta e nove milhões, duzentos e três mil, novecentos e trinta e um reais, nove centavos) correspondente aos valores contábeis

dos bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de Aços Especiais, na **Gerdau Aços Especiais**;

- R\$ 2.207.849.217,93 (dois bilhões, duzentos e sete milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, duzentos e dezessete reais, noventa e três centavos) correspondente aos valores contábeis dos bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de Aços Longos, na **Gerdau Aços Longos**;

- R\$ 517.835.604,32 (quinhentos e dezessete milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, seiscentos e quatro reais, trinta e dois centavos) correspondente aos valores contábeis dos bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de Comércio de Produtos Siderúrgicos na **Gerdau Comercial de Aços**;

- R\$ 625.182.857,75 (seiscentos e vinte e cinco milhões, cento e oitenta e dois mil, oitocentos e cinquenta e sete reais, setenta e cinco centavos) correspondente as 607.398.462 (seiscentos e sete milhões, trezentos e noventa e oito mil, quatrocentos e sessenta e dois) quotas de participação na sociedade Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau, as quais equivalem, de forma indireta, às participações societárias daquela nas demais empresas siderúrgicas localizadas na América do Sul, na **Gerdau América do Sul**.”

A interessada (Gerdau Açominas S.A.) teria, portanto, parcela significativa do seu patrimônio vertida nas sociedades acima referidas.

[aqui o parágrafo anterior foi substituído pelo seguinte registro: “A interessada (Gerdau Aços Especiais S.A.) iria incorporar, portanto, acervo consubstanciado em bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de aços especiais, equivalentes ao valor contábil de R\$ 379.203.931,09. Em razão do aumento de capital que seria efetuado, seriam emitidas 179.847.622 ações ordinárias e 12.286 ações preferenciais, todas elas em favor dos acionistas da sociedade cindida (Gerdau Açominas S.A. - documento das fls. 135 a 178 dos autos – 6 e 7/44 do documento eletrônico).”]

Em 29 de julho de 2005, foi realizada a 67ª Assembléia Geral Extraordinária da Gerdau Açominas S.A., que aprovou, nos termos do “Protocolo de Intenções”, a cisão parcial da sociedade e posterior incorporação da parcela cindida nas sociedades Gerdau Aços Especiais S.A., Gerdau Aços Longos S.A., Gerdau Comercial de Aços S.A. e Gerdau América do Sul Participações S.A. (documento das fls. 84 a 115 dos autos – 6 a 22/32 do documento eletrônico – em especial item 7).

Consta dos autos “Laudo de Avaliação” que indica os valores contábeis dos atos societários adotados, relativamente ao acervo líquido da Gerdau Açominas S.A. (documento das fls. 84 a 115 dos autos – 23 a 25/32 do documento eletrônico) e às parcelas cindidas incorporadas ao patrimônio da Gerdau Aços Especiais S.A., Gerdau Aços Longos S.A., Gerdau Comercial de Aços S.A. e Gerdau América do Sul Participações S.A. (documento das fls. 84 a 115 dos autos – 26 a 30/32 do documento eletrônico). O patrimônio remanescente da impugnante também restou retratado no “Laudo de Avaliação” (documento das fls. 84 a 115 dos autos – 30 a 32/32 do documento eletrônico).

Quanto ao ágio, o objeto da presente autuação, repriso o trecho pertinente do “Relatório da Ação Fiscal” (documento das fls. 1.791 e 1.792):

[...]

Os registros efetuados no Lalur observariam os ditames da Instrução Normativa SRF nº 7, de 1981. Verifique-se a redação do item 6 daquele ato normativo:

[...]

O Fisco glosou as reduções mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, acima referidas, avaliadas em R\$ 27.086.215,00 por mês [aqui R\$ 4.665.158,00], sob o

fundamento de que seriam decorrentes de um artifício contábil, porquanto o ágio seria interno ao grupo societário (gerado em transação consigo mesmo), não tendo substância econômica (não ensejou qualquer pagamento/dispêndio e não deu azo à geração de riqueza).

[...]

Assim, como o ágio que permitiu as glosas objeto do presente processo foi gerado por partes sem independência, pertencentes a um mesmo grupo econômico, haveria um vício de origem, maculando a operação.

A Fiscalização salientou, também, que não se verificou o ingresso de recursos novos na operação que culminou na geração do ágio, uma vez que não foi efetuado qualquer pagamento pela expectativa de resultado futuro.

[...]

Lastreada nessas razões, a Fiscalização exigiu os tributos que deixaram de ser recolhidos em função do ágio tido por artificial. O Fisco glosou as reduções mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, avaliadas em R\$ 27.086.215,00 por mês, efetuadas nos anos-calendário de 2005 a 2008 [aqui R\$ 4.665.158,00 por mês, efetuadas de julho de 2005 a junho de 2010]. Como em alguns períodos de apuração as reduções tidas por indevidas acarretaram a apuração de prejuízos fiscais, o Fisco considerou irregulares, também, as compensações desses prejuízos.

[...]

A Turma julgadora rejeitou os argumentos de defesa da autuada, que, à semelhança do que apresentado no relatório do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, foram assim resumidos no início de sua impugnação:

“Os lançamentos, contudo, não merecem prosperar, eis que o ágio, apesar de dito interno na atuação, foi gerado em decorrência da efetiva valorização das correspondentes ações, com substrato econômico reconhecido ao longo da reorganização societária, por todos os contribuintes dela participantes, conforme comprovado por laudo técnico e ingresso de terceiros na correspondente pessoa jurídica, com aporte de capital na mesma medida, cujos registros contábeis e efeitos fiscais estão plenamente conforme a lei, eficaz e vigente à época em que ocorreram, vedada a interpretação que leve à Fiscalização atuar contra a lei e, mais, como legislador positivo, vinculada que deve ser sua atuação, com total observância ao princípio da estrita legalidade tributária, vedada, ademais, a aplicação retroativa de Ofício-Circular da Comissão de Valores Mobiliários que visa restringir a aplicação da lei com acréscimos de palavras inexistentes em seu texto, gerando, igualmente, incontestável violação à lei, sem olvidar-se do princípio da verdade material.”

A decisão recorrida está ementada nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

GERAÇÃO ARTIFICIAL DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ARTIFICIAL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, constitui prova da artificialidade do ágio. É

inválida a amortização do ágio artificial. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a geração e a transferência do ágio.

Cientificada da decisão de primeira instância em 11/05/2011 (fl. 1381), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 08/06/2011 (fls. 1383/1418), no qual defende a regularidade dos procedimentos questionados pelo Fisco, nos mesmos termos da defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, a seguir reproduzidos.

Ao iniciar sua *síntese da questão*, a recorrente menciona que, no acórdão recorrido, ela foi *não só reprisada*, como também *”esmiuçada” e acrescida de outros fatos e opiniões* inexistentes no lançamento original.

Defende que os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 autorizam, em todas suas letras, o procedimento da Recorrente, sem a tributação que aqui está a pretender a Fazenda Nacional, através de seus representantes, já que não prescrevem qualquer condição de que o ágio seja gerado em operações realizadas por empresas não ligadas entre si. Entende que ao assim decidir o caso vertente, os ilustres Julgadores, fora de qualquer dúvida, o fizeram atuando contra a lei e, mais, como legisladores positivos, em total afronta ao princípio da estrita legalidade, vedada ademais a aplicação retroativa de interpretação inserida em mero Ofício-Circular que, de certa forma, restringe dispositivo legal, gerando, outrossim, incontestável violação ao mesmo princípio e ao da hierarquia das normas jurídicas, sem olvidar-se da verdade material, o que leva, inafastavelmente, à necessária e integral reforma da decisão recorrida, pois em desacordo com o direito aplicável à espécie.

Passa, então, a reiterar as razões apresentadas em impugnação, inicialmente questionando a confirmação, pelos julgadores, do entendimento dos Auditores-Fiscais *de que o ágio recebido pela Recorrente é artificial e inválido para que seu aproveitamento gere efeitos na apuração do IRPJ e da CSLL*, baseada na afirmação de que a Gerdau Participações S/A era uma sociedade, a rigor, *estranha ao procedimento de reorganização das empresas Gerdau, que funcionou como mera empresa veículo, sem nenhuma outra função que fosse a de permitir a geração e distribuição do ágio entre as demais empresas.*

Discorda da valorização atribuída à *referida sociedade como peça importante e fundamental à caracterização da infração fiscal de que aqui se cogita*, afirmando que tal inexistente no Relatório Fiscal, o qual até classifica tal sociedade como “veículo”, mas *sem fundamentar a afirmativa de ser o ágio artificial na sua existência.*

Reporta-se a trechos do Relatório Fiscal onde se afirma a não contestação dos objetivos do procedimento realizado, e a irrelevância do debate em torno do propósito comercial para fundamentação da autuação, para concluir que *o ponto nodal da questão está no fato constatado e declarado de que este estágio intermediário (intromissão da Gerdau Participações S.A.) esteja incluído num contexto maior, cujos objetivos não são contestados no Relatório da Ação Fiscal, isto é, o fato da existência da Gerdau Participações S.A. não maculou os objetivos perseguidos na reorganização das empresas do assim considerado grupo Gerdau.*

De toda sorte, como o Relator da decisão recorrida *não identificou nos autos qualquer sentido para a existência da Gerdau Participações S.A.*, passa a esclarecer o papel

desempenhado por esta sociedade na reorganização societária empreendida, destacando que, por meio dela, os mais de 4.000 acionistas desta última tiveram a oportunidade de participar dos negócios siderúrgicos desenvolvidos pelo grupo Gerdau na América Latina, em condições de igualdade com os demais acionistas da Gerdau S.A., bem como foi possível atrair um sócio financeiro (Banco Itaú BBA S.A.) para fazer parte do pacote de financiamentos do seu projeto de expansão.

Acrescenta que, sem a utilização da Gerdau Participações S.A., haveria que se enfrentar outras questões relacionadas ao direito societário, tais como, o recesso pela mudança (adição de atividade) do objeto social da Gerdau Açominas S.A., a fim de que participasse no capital de outras sociedades, bem como, ao direito de preferência por parte de acionistas minoritários na subscrição de novas ações caso a Gerdau Açominas S.A. as tivesse emitido numa oferta primária de ações.

Enfatiza que a concorrência da referida sociedade na reorganização, buscada pelas administrações das empresas envolvidas, não tem o condão de invalidar os objetivos colimados com este planejamento, que visava, essencialmente, reestrutura das empresas operacionais do Grupo com vista a emprestar-lhes uma dinâmica operacional diversa, reunindo em empresas próprias cada segmento de seu processo produtivo e mercadológico. Demais disto, os atos praticados foram válidos e lícitos, até porque devidamente arquivados no Registro do Comércio, sendo impróprio cogitar-se de atos artificialmente concebidos.

Reporta-se a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes, que admite os efeitos tributários de atos, assim como estes, válidos.

Reafirma a inexistência de vedação ou restrição legal à geração de ágios intermediários e invoca a referência feita, na decisão recorrida, a João Sem Terra, o qual teve em mente e conseguiu, justamente, que se colocasse um basta na criação de exigências fiscais sem base em lei, porque lei não existia, mas acima de tudo, criação de tributos sobre fatos aleatórios nascidos da sanha arrecadatória, principalmente, quando não havia, também, suporte econômico para a taxação. Reputa ser criação do Fisco a vedação veiculada, para imposição de exigências vultosas às contribuintes, capazes de até de comprometer a sua idoneidade financeira.

Invoca jurisprudência contrária à manutenção da exigência por fatos e fundamentos outros que não os constantes do ato do lançamento. Mas, ressalvando que a decretação de nulidade somente tem lugar quando o crédito tributário constituído só subsiste em razão dessa motivação, passa a questionar a decisão recorrida na parte em que aborda o negócio entre partes relacionadas.

Registra seu inconformismo com as afirmativas de que, na reorganização societária, de que participou a Recorrente, existiram operações com "objetivos outros que não o societário ou o negocial", e que "não importaram em alienação do controle das sociedades", apesar de o Relator expressamente negar a contestação dos objetivos negociais finais da reorganização. Entende que novamente há inovação, pois o fundamento único da exigência foi o fato de o ágio ter sido gerado em meio a operações que envolveram sociedades sob controle comum, direto ou indireto.

Reporta-se, ainda, a um terceiro argumento da decisão recorrida, intitulado "Do desrespeito ao princípio da Legalidade, afirmando que a violação de tal princípio

verificou-se no entendimento ali expresso. Reprisa razões de defesa da impugnação, nas quais se reporta aos laudos de avaliação que evidenciaram o ágio fundamente na expectativa de resultado futuro, e à inexistência de qualquer contestação do valor ali expresso, do que resulta a assunção, como verdadeiras, daquelas informações, estando comprovado o fundamento econômico do ágio, suficiente para sua amortização como expresso em diversos julgados do Conselho de Contribuintes, cujas ementas transcreve.

Menciona que a narrativa fiscal do aumento do capital social da Gerdau Participações, e a afirmação ali contida de que a tributação do ganho de capital foi diferida com base no art. 36 da Lei 10.637/2002, para frisar que nesta norma não há qualquer outro fato ou condicionante para sua incidência na hipótese.

Transcreve a interpretação de Ives Gandra da Silva Martins (Integralização de Ações de Empresa Industrial em Empresa Comercial por Acionista, que avaliou sua Participação, pelo Valor de Mercado nos Termos do artigo 36 da Lei 10.637 - Aproveitamento do Ágio na Integralização do Capital nos Termos do parágrafo 7º do DL 1.598/77 e do art. 7º da Lei 9.532/97 com Amortização de 1/60 destes Valores, mensalmente, em Posterior Incorporação, in Revista Dialética de Direito Tributário nº 187), acerca do referido dispositivo legal, ressaltando ele não possui um terceiro parágrafo estabelecendo que a fusão cisa ou incorporação de empresas coligadas ou controladas daria ensejo à aplicação do parágrafo 1º, e não do parágrafo 2º do artigo 36 da Lei 10.637/02, e reproduzindo a seguinte conclusão:

"(...) considerar que determinadas incorporações, apesar de válidas para o Direito Privado, não o seriam para o Direito Tributário, violaria os artigos 109 e 110 do CTN, transformando-se o intérprete, em legislador positivo no âmbito do Direito Privado.

"já admitir que a incorporação é legítima, mas que o legislador tributário não teria cuidado de incorporações entre coligadas e controladas, transformaria o intérprete em legislador positivo no âmbito tributário.

"Nas duas hipóteses o intérprete estaria violando ou a lei civil ou a lei tributária, por não reconhecer o que o parágrafo 2º do artigo 36 da Lei 10.637/02, assim como os artigos 20 do DL 1.598/77 e 7º da Lei 9.532/97 (...), sem exceção, reconheceram, ou seja:

"Qualquer tipo de incorporação, fusão ou cisão!!!

"nas hipóteses mencionadas, gera, em havendo ágio, a possibilidade de sua amortização no futuro."

Prossegue destacando o reconhecimento expresso da Fiscalização de que o Banco Itaú BBA S/A, em igualdade, sujeitou-se ao ônus da mais valia, aceitando o valor patrimonial apontado na escrita da Gerdau Participações, consoante laudo de avaliação, bem como de que se estivessemos diante de verdadeiro ágio, os efeitos fiscais dessa amortização estariam amparados no art. 7º da Lei 9.532/97, para concluir que não contestados os laudos de avaliação, seu procedimento tem amparo no referido dispositivo legal.

Correto, portanto, seria seu proceder, na medida em que a Fiscalização considerou que a geração de ágio interno no grupo econômico era suficiente para sustentar o lançamento, deixando de demonstrar que não houve ágio ou que este não teve real fundamento econômico, bem como de invalidar a própria reorganização societária. O argumento de o ágio

ser interno em grupo societário seria insuficiente para classificá-lo como sem "suporte econômico", afirmativa que exigiria prova da *carencia de fundamento econômico*.

Reitera os termos do art. 7º da Lei nº 9.532/97, frisando que a permissão ali contida se dirige a *qualquer pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra nas condições enumeradas*, inexistindo qualquer restrição a tal faculdade, quanto menos de participação de terceiros pessoas, estranhas entre si, muito embora na reorganização societária em apreço tenha havido participação do Banco Itaú BBA S/A, com a subscrição e integralização de capital social na Gerdau Participações S.A..

Opõe-se à utilização da *interpretação econômica pelo aplicador*, trazendo excertos doutrinários. Acrescenta que o objetivo do art. 36 da Lei nº 10.637/2002 foi estabelecer a *neutralidade tributária nas operações de reorganização societária e, ao mesmo tempo, adequado controle fiscal para o acompanhamento dessas operações*, como consta da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66/2002, e recorda a tentativa de tributar o *ganho de capital por ele diferido*, arrazes do art. 37 do Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 252/05.

Defende a interpretação teleológica e cita manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais no sentido de que *acaso "a lei foi mal elaborada, como não é raro, infelizmente, no âmbito da legislação tributária, (...) não se pode consentir com soluções de circunstância"*. Reporta-se a decisões do Supremo Tribunal Federal para evidenciar que nem mesmo este *órgão máximo na interpretação e aplicação da Constituição, está autorizado a atuar como legislador positivo, criando hipóteses legais onde estas não existem*.

Entende clara a ofensa ao princípio da legalidade no acórdão recorrido, transcreve doutrina acerca deste princípio e do princípio da tipicidade, e manifesta-se contrariamente à utilização de Ofício Circular da CVM, ainda que *em argumento de reforço*, na medida em que tal se constitui em mera norma contábil, que não pode gerar obrigações tributárias, quanto mais com efeitos retroativos. Cita manifestações do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais contrárias a aplicações de atos desta espécie.

Ressalta que o *exercício da atividade fiscalizadora tributária há de ser exercido nos limites fixados pela lei*, e que a interpretação exteriorizada pela CVM deveria se restringir aos ditames legais, aspecto a ser observado mesmo na edição de leis interpretativas, novamente transcrevendo ementas de julgados em reforço à sua tese. Demais disto, a *introdução de "disposições novas"* jamais poderiam alcançar fatos pretéritos, conforme jurisprudência que cita.

Além de se reportar à aplicação do princípio da verdade material, em hipótese de planejamento tributário, promovida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, finaliza sua defesa nos seguintes termos:

Inexistindo qualquer ilegalidade no agir da Recorrente, seja na reorganização societária de que participou, seja na geração do ágio, ou melhor, inexistindo qualquer proibição legal à reorganização societária com a criação de ágio decorrente da valorização de participações societárias, e ao tratamento contábil e fiscal a ele dado in casu, aliás, todos os atos jurídicos praticados em plena consonância com a legislação aplicável e vigente à época, carecem de fundamento os argumentos postos no Acórdão. Sem qualquer sombra de dúvida, inevitável se afaste a descon sideração de tal ágio e a consequente aplicação dos ônus tributários

lançados nos Autos de Infração contestados. Imprescindível, por conseguinte, sejam eles julgados totalmente improcedentes.

[...]

Na reorganização societária em exame nestes autos, o **ágio materialmente se concretizou, decorrencia de ganho de capital tributável auferido e registrado pela Gerdau S.A., conforme atesta real e efetiva avaliação econômica realizada pela Metal Data Engenharia e Representações, das participações societárias da Gerdau S.A. na Gerdau Açominas S.A. e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda., como pelo seu tratamento contábil e fiscal dispensado nas empresas envolvidas, no decorrer dos anos de 2004 até os dias atuais, portanto, vedado retirar esta sua natureza, que não dá azo à exigência do IRPJ e da CSLL lançados nos Autos de Infração hostilizados, também em atenção ao princípio da verdade material.**

Tanto a documentação acostada aos autos, quanto o consignado no Relatório da Agência Fiscal e no Acórdão sobre a validade dos laudos de avaliação comprovam, de forma inequívoca, que o **ágio** aqui sob exame leve efeito econômico a produzir seus devidos efeitos jurídicos, levando a que a autoridade fiscal fique jungida a tais efeitos jurídicos, reconhecendo a sua verdadeira repercussão econômica nos fatos subsequentes e a eles aplicando os comandos legais pertinentes, em especial aqueles dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, para, ao final, reconhecer sem repercussão que gere os pretendidos créditos tributários do IRPJ e da CSLL cuja definitiva extinção ora se requer.

[...]

Face ao exposto, a Recorrente requer seja o Acórdão 10-30.916 reformado, a efeitos de julgar inteiramente procedente o pedido declinado à impugnação, e aqui reiterado de desconstituição dos lançamentos contratuados, com a extinção dos correspondentes créditos tributários, eis que, claro está, o **ágio**, apesar de ser dito interno, foi gerado em decorrência da efetiva valorização das correspondentes participações societárias, conforme comprovado por laudo técnico e ingresso de terceiros na correspondente pessoa jurídica, com aporte de capital na mesma medida, nos exatos termos em que permitidos pela legislação aplicável ao caso, sem qualquer vício.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (fs. 1457/1475), inicialmente reportando-se ao elucidoativo histórico acerca destas operações presente no Relatório da Agência Fiscal, por meio do qual a fiscalização evidenciou igualmente a artificialidade de operação intermediária (envolvendo a Gerdau Participações S.A.), tendo como propósito o benefício com a amortização do **ágio** e a consequente redução tributária. Ao mencionar a cisão da Gerdau Açominas S/A, destacou a existência do lançamento principal nº 10680.724392/2010-28) e de lançamento correlato, formalizado em processo autônomo (11080.723702/2010-19).

Opôs-se à afirmação da recorrente de que a **Fiscalização não teria valorizado (sic) a operação envolvendo a Gerdau Participações S.A.,** na medida que a análise desta operação ensejou sua classificação como **“artificial contábil”, “sem suporte econômico”, enfim, “ágio não-verdadeiro”,** fundamentada na teoria da contabilidade – com suporte em doutrina e em pronunciamentos da CVM e do CPC – e em normas fiscais, negando efeitos jurídicos aquilo que não existe no mundo real.

Negou a existência de ofensa ao princípio da legalidade, porque a referência ao Ofício-Circular da CVM não se prestou de fundamento ao Auto de Infração, mas sim os dispositivos legais ali apontados. Tal documento, assim como as opiniões do CPC, apenas

corroboram, em sede autônoma, qual seja a teoria da contabilidade, o artificialismo também rechaçado pela legislação, corretamente apontada pela Fiscalização.

Em suas palavras:

O que se verifica dos autos é uma série de elementos levantados e provados pela Fiscalização, demonstrando que a operação intermediária de aumento e integralização de capital da Gerdau Participações S.A. pela Gerdau S.A. utilizando-se de suas participações societárias na Gerdau Agominas S.A. e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda - Grupo Gerdau, não teve qualquer respaldo fático-negocial, consistindo, nas palavras da Fiscalização, artifício contábil.

A utilização da Gerdau Participações S.A., verdadeira empresa veículo, prestou-se tão-somente a propósitos de reduzir o lucro tributável da Gerdau Agominas S.A. mediante a amortização de despesa indedutível, qual seja: o ágio supostamente pago pela Gerdau S.A. quando do aumento de capital daquela primeira sociedade.

Transcreveu excertos do Relatório da Ação Fiscal para firmar que está demonstrado não ter havido qualquer *affectio societatis* nas operações realizadas, denunciando a inversíssima *lucro do ágio gerado*. Destacou, também, os elementos indicativos da artificialidade das operações, apontados pela Fiscalização, coerentes com os ensinamentos de Luis Eduardo Schoueri (in O Planejamento Tributário e o "Propósito Negocial": o intervalo temporal entre as operações, a independência entre as partes e a coerência entre a operação e as atividades empresariais das partes envolvidas).

Precisou o momento do Relatório da Ação Fiscal no qual se destaca a ausência de independência entre as partes, acrescentou que as operações societárias se realizaram no curto espaço de 5 (cinco) meses, com a utilização de empresa veículo, e sem qualquer evidência de *affectio societatis*. Concluiu, assim, que não houve qualquer justificativa fático-negocial determinante das operações societárias que culminaram com a incorporação da Gerdau Participações S.A. pela Gerdau Agominas S.A. e a subsequente cisão desta sociedade, senão o propósito de obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização do ágio pago quando do aumento de capital realizado pela Gerdau S.A. na Gerdau Participações S.A., utilizando-se de sua participação na Gerdau Agominas S.A. Reportou-se a julgado do CARF contrários à dedutibilidade do ágio criado de forma artificial, frisou a utilização da Gerdau Participações S.A. como mero veículo para a transferência de ágio e questionou que resultado esperar de uma sociedade (Gerdau Participações S.A.) inoperante há anos e que, após vultosa operação, é extinta por incorporação?

Ressaltou, também, que as operações societárias realizadas foram veiculadas por meio de contratos e dos estatutos sociais das empresas envolvidas, o que, em razão dos exclusivos propósitos de economia tributária, ofendem os artigos 421 e 422 do Código Civil, na medida em que não contam com qualquer função social. E acrescentou não ter sido essa a intenção do legislador ao criar tal benefício fiscal de dedução do ágio visando, precipuamente, a estimular a participação de empresas e consórcios nos leilões de empresas públicas (precipuamente no final da década de 90).

Abordando pontos específicos do recurso voluntário, destacou que o aporte feito pelo Banco Itaú não representou pagamento de ágio, como bem esclarecido na decisão

recorrida, e, quanto aos diversos outros efeitos citados pela Contribuinte, aplicáveis aos 4 mil acionistas da Gerdau Agominas S.A., afirmou que isso apenas revela e esclarece a declaração da Fiscalização no sentido de que não estava discutindo, na autuação, "o propósito negocial da operação como um todo".

Assim, ainda que razões societárias existam para reestruturação do Grupo Gerdau, tais justificativas fogem à discussão tributária, pois o ágio gerado não pode ser deduzido porque não guarda os requisitos mínimos para a amortização. Em suas palavras:

Ou seja, ágio proveniente de operação entre empresa do mesmo grupo, com empresa veículo, sem trânsito de dinheiro, e tendo como rentabilidade futura os lucros da própria empresa a ser incorporada (ou incorporadora), esse ágio não pode ser deduzido, independentemente das "razões" que fundamentaram as operações societárias. Se essas operações tiveram como efeito colateral a criação desse ágio, este não pode ser deduzido em razão da ausência dos requisitos.

Recordou posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no qual a tese fazendária prevaleceu mesmo frente a operações em que havia um fundo econômico subjacente, mas que enveredaram pelas vias do artificialismo, presente no processo nº 18471.002941/2002-77, que discutiu a tributação envolvendo o licenciamento da marca Vasco da Gama. Naquele caso, reprovou-se os efeitos de uma operação que superava em muito o capital social da empresa emitente das debêntures, realizada em curto espaço de tempo mediante a utilização de empresa veículo, realizado entre pessoas ligadas e sem ingresso de recursos novos, apesar de haver uma operação comercial subjacente, ou seja, os envolvidos estavam de fato negociando a venda dos direitos de licenciamento da marca Vasco da Gama, cuja implementação se fez por uma via que careceu de qualquer propósito negocial e visou apenas à finalidade tributária.

Conclui estar claro que não houve, no presente caso, a efetiva existência de pagamento de ágio, ou seja, de verdadeiro pagamento de ágio. Não houve ingresso de recursos nas operações; apenas lançamentos contábeis meramente formais. Ao contrário, o que se verifica neste caso são sociedades submetidas ao mesmo controle acionário, tendo apenas sido feita uma reavaliação com base em rentabilidade futura dela mesma e, se aceita a operação, visando a usufruir de um benefício fiscal previsto apenas quando, efetivamente, há pagamento de ágio em operação de aquisição ou equivalente.

Em seu entendimento, portanto, deve ser mantida a gliosa realizada, de forma que o artificialismo da via escolhida e a ausência de pagamento de ágio sejam, mais uma vez rechaçados por este Conselho.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Como relatado, os questionamentos apresentados em recurso voluntário são idênticos aos veiculados no processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, até porque a motivação daquela exigência coincide, em sua quase totalidade, com a apresentada nestes autos. Diante deste contexto, as razões de decidir deste processo são idênticas às apresentadas no exame do processo administrativo nº 10680.724392/2010-28, a seguir reproduzidas.

Na primeira parte de sua defesa, a recorrente aborda aspectos da decisão recorrida que representariam inovação, porque correspondentes a outros fatos e opiniões inexistentes no lançamento original. Ao final, porém, não requer a nulidade da decisão recorrida, argumentando que a jurisprudência administrativa direciona-se neste sentido apenas quando o crédito tributário constituído só subsiste em razão dessa motivação.

Porém, na medida em que não se constata qualquer inovação na decisão recorrida, é importante desconstituir, já de plano, esta acusação da recorrente.

O relatório da decisão recorrida principia resumindo as conclusões fiscais nos seguintes termos:

A Fiscalização firmou seu entendimento no sentido de que o referido ágio seria artificial, porquanto gerado a partir de operações societárias internas ao conjunto de sociedades denominados publicamente como Gerdau. Ao final das operações societárias, diversas sociedades integrantes do mesmo grupo econômico, dentre as quais a interessada em epígrafe, obtiveram vantagens fiscais que seriam indevidas. Essa, em apertada síntese, a questão ventilada nos autos.

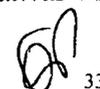
Este resumo pouco difere daquele contido no início do item 2 do Relatório Fiscal:

Os fatos analisados por esta fiscalização tiveram origem em reorganização societária ocorrida a partir de dezembro de 2004, envolvendo várias sociedades empresárias vinculadas ao mesmo grupo econômico, ao qual denominaremos "Grupo Gerdau", que através de uma seqüência de operações de integralização de capital, incorporação e cisão parcial, gerou um ágio artificial que foi indevidamente aproveitado por várias empresas do grupo.

Na seqüência, o I. Relator e Presidente da 1ª Turma de Julgamento da DRJ/Porto Alegre, Geraldo Brinckmann, passa a recuperar dados a respeito do Gerdau que, mais adiante, serão importantes para a formação da convicção em torno da existência ou não de vantagens fiscais indevidas. As informações transcritas, todas extraídas de sítios na Internet cujos endereços eletrônicos também estão ali apontados, podem ser assim resumidas:

- identificação das sociedades que exercem o controle do Grupo Gerdau (Metalúrgica Gerdau S/A e Gerdau S/A), com o acréscimo de que elas têm papéis negociados em bolsas de valores, mas que as operações aqui analisadas não as afetaram;

- comunicação, em 2001, por parte da Gerdau S/A, de aquisição de participação societária relevante perante a Açominas, com destaque ao Relatório da Administração e às Notas Explicativas das demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2001;



- comunicação, em 2002, por parte da Gerdau S/A, da ampliação da participação societária detida junto à Açominas, com destaque ao Relatório da Administração;

- reestruturação operacional do Grupo Gerdau no Brasil em 2003, com a transferência das operações siderúrgicas e ativos complementares da Gerdau S/A para a Açominas, com destaque ao Relatório da Administração;

- comunicação, em 2004, de medidas de reorganização societária, por parte da Administração do Grupo Gerdau, com destaque ao Relatório de Administração e Notas Explicativas, enfatizando-se o início, ali, da reorganização societária consistente na alteração da denominação social da Siderúrgica Riograndense S/A para Gerdau Participações S/A, a mudança de seu objeto social e o aumento de seu capital social mediante entrega das ações detidas pela Gerdau S/A na Gerdau Açominas S/A e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda.

Relevante observar, neste ponto, que o Relatório Fiscal também aborda o Grupo Gerdau como grupo econômico e, sob certo aspecto, vai além do relato contido na decisão recorrida, identificando os acionistas da Metalúrgica Gerdau S/A e da Gerdau S/A, e os controladores daqueles. Importante destacar, também, que a autoridade julgadora de 1ª instância enfrentou a alegação, expressa apenas na impugnação, de que a Fiscalização teria usado indevidamente a expressão “Grupo Gerdau”, pois as sociedades ali referidas não integrariam um grupo nos termos dos arts. 265 a 277 da Lei das S/A.

Assim, quer em relatório, quer em voto, as informações trazidas pelo I. Relator seriam necessárias para demonstrar a existência de controle comum, bem como prestaram-se como reforço outros dados trazidos no voto, do qual se reproduz:

A utilização da expressão “Grupo Gerdau” no curso do “Relatório da Ação Fiscal” não teve por intenção qualificar a sociedade controladora e suas controladas como um grupo de sociedades consoante fixado no art. 265 da Lei nº 6.404, de 1976. O trabalho fiscal esclarece que a expressão utilizada teve por foco “sociedades empresárias vinculadas ao mesmo grupo econômico” (fl. 1.783), ou seja, submetidas a controle comum. Esse controle comum é que tem relevância para a análise do caso dos autos. A instituição do grupo de sociedades previsto no art. 267 da Lei das Sociedades por Ações acarreta obrigações societárias (“e obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”), sem vinculação com questões fiscais. Não bastasse isso, o conjunto de sociedades que participou das operações societárias objeto do presente processo identifica-se, perante a sociedade, por meio da expressão “Grupo Gerdau”. É o que se constata da leitura da obra “Chama Empreendedora – A História e a Cultura do Grupo Gerdau – 1901 - 2001” (<http://www.gerdau.com.br/sobre-gerdau/memoria-gerdau-centro-documentacao.aspx> - clicar sobre “Conheça a História e a Cultura da Gerdau”), donde se colhe, na página 4, a seguinte frase:

“O Grupo Gerdau está entre os maiores conglomerados industriais genuinamente brasileiros, com presença marcante na América Latina, no Canadá e nos Estados Unidos.”

Prosseguindo, o relatório da decisão recorrida apenas transcreve as operações identificadas pela Fiscalização, embora o faça em seqüência cronológica, intercalando com tal descrição a reprodução de dispositivos legais invocados pela autoridade lançadora, como o art. 36 da Lei nº 10.637/2002, o art. 6º da Instrução CVM nº 319/99, o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, bem como trechos do Relatório Fiscal e de documentos juntados aos autos. O relatório da decisão recorrida e o Relatório Fiscal apenas se distinguem quanto à organização das informações, como se vê no exemplo abaixo:

a) Relatório da decisão recorrida:

Em **28 de abril de 2005**, Gerdau S.A., Gerdau Participações S.A. e Gerdau Açominas S.A. firmaram “Protocolo de Intenções” (documento das fls. 6 a 39 dos autos – 17 a 19/34 do documento eletrônico) segundo o qual restou pactuada a futura incorporação da Gerdau Participações S.A. pela Gerdau Açominas S.A., que iria se efetivar no dia 9 de maio de 2005. **O contrato já previu os efeitos patrimoniais do aumento de capital da Gerdau Participações S.A. que iria a se realizar no dia 6 de maio de 2005**, considerando a repercussão desse aumento sobre a operação de incorporação que seria efetivada mais adiante, em 9 de maio de 2005 (item I do “Protocolo de Intenções”).

b) Relatório Fiscal:

Em 06/05/05 foi realizada Assembléia Geral Extraordinária na Gerdau Participações S/A (fl. 19), na qual foi aprovado o aumento do capital social de R\$ 15.227.078.630,00 para R\$ 15.777.078.630,00, com emissão de 325.062.172 ações ordinárias nominativas, pelo valor patrimonial de 31/03/05, ao preço de 1,69198401836 por ação, subscritas e integralizadas pelo Banco Itaú BBA S.A. A distribuição acionária da Gerdau Participações passou a ser: 96,60% da Gerdau S/A e 3,39% do Banco Itaú BBA S/A.

Observe-se que nessa data já havia sido assinado protocolo de intenções, datado de 28/04/05, definindo todas as condições da incorporação da Gerdau Participações pela Gerdau Açominas, conforme descrito no item seguinte. Formalmente, o Itaú ingressou na Gerdau Participações, mas de fato já estava ingressando na Gerdau Açominas.

Eventualmente poder-se-ia dizer que o relatório da decisão recorrida antecipa alguns posicionamentos do I. Relator, como nos trechos em destaque:

Importante referir, no presente momento, que o aumento de capital da Gerdau Açominas S.A. referido no “Protocolo de Intenções” (R\$ 1.224.645.638,74) dizia respeito, **substancialmente**, (1) ao valor patrimonial das 607.398.462 quotas do capital da sociedade Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. – Grupo Gerdau, incorporadas ao capital da Gerdau Participações S.A. em 29 de dezembro de 2004, no montante de R\$ 641.491.640,84, e (2) ao valor subscrito e integralizado ao capital social da Gerdau Participações S.A. pelo Banco Itaú BBA S.A. em 6 de maio de 2005, no montante de R\$ 550.000.000,00. Essas duas cifras montam R\$ 1.191.491.640,84, em comparação com R\$ 1.224.645.638,74 referido no “Protocolo de Intenções”. A diferença, mínima (menos de 3%), decorre do patrimônio amealhado ao tempo da Siderúrgica Riograndense S.A. e de outras variações patrimoniais observadas na Gerdau Participações S.A. de dezembro de 2004 a maio de 2005. Esse aumento de capital seria efetuado em favor dos sócios da sociedade que seria extinta em 9 de maio de 2005: Gerdau Participações S.A.. Seus sócios relevantes eram Gerdau S.A. (96,51%) e Banco Itaú BBA S.A. (3,49%). Além dos bens acima referidos, o incorporador ainda recebeu o ativo atinente ao ágio registrado na escrita da incorporada, no montante de R\$ 3.134.243.953,83. O laudo de avaliação do acervo patrimonial da Gerdau Participações S.A. (documento das fls. 40 a 83 dos autos – 3 e 4/44 do documento eletrônico), emitido pelos peritos em 28 de abril de 2005, é claro quanto a isso, **tendo-se presente que a participação da incorporada na incorporadora não consiste em bem que tenha se agregado ao patrimônio da incorporadora**. Passo a tratar, então, do ágio.

[...]

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM **buscou expurgar das demonstrações financeiras valores que não tivessem significação econômica**. Por esse motivo, determinou a constituição, na incorporada, de provisão (redução concomitante do

ativo e do patrimônio líquido) em montante equivalente à diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal decorrente da sua amortização (§ 1º, “a”). O valor líquido remanescente dessa operação (ágio – provisão) deveria ser registrado em conta do patrimônio líquido da incorporadora denominada “Reserva Especial de Ágio” (§ 1º, “b”), enquanto o ativo da incorporadora deveria registrar esse mesmo valor líquido no circulante ou no realizável a longo prazo de acordo com a expectativa de realização do ágio (§ 1º, “d”).

[...]

Para fins societários, a sociedade incorporadora, após apontar em seu ativo o valor equivalente à diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal, passou a registrar a amortização desse ativo em seus resultados. Assim, mês a mês, o ativo é reduzido pela amortização do ágio, impactando negativamente o resultado societário (despesa). No caso dos autos, a Gerdau Açominas S.A. passou a efetuar a amortização do ágio à razão de 1/120 mensais (pág. 10 do “Relatório da Ação Fiscal”). **Esse valor, entretanto, não gera qualquer prejuízo aos sócios, porquanto a verba suprimida do resultado equivale aos tributos que deixam de ser recolhidos em função da dedução fiscal do referido ágio**, da qual tratarei no próximo parágrafo. Esse foi o objetivo da Instrução CVM nº 319, de 1999, com a redação que lhe foi dada pela Instrução CVM nº 349, de 2001.

[...]

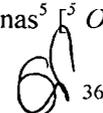
Dessa forma, como o lucro real é apurado a partir do lucro líquido (societário), a base de cálculo tributária acaba reduzida pela integralidade do ágio, parte via escrita contábil, parte via escrita fiscal (Lalur). **Esse procedimento, quando verdadeiro e efetivo**, encontra abrigo no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, com a redação que foi dada ao art. 7º pelo art. 10 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Verifique-se os termos das normas referidas:

[...]

Todavia, nem mesmo sob este prisma visualiza-se prejuízo à validade daquela decisão, na medida em que tais acréscimos representam, no máximo, razões de decidir diretamente relacionadas com o litígio instaurado pela impugnante, que se opôs à constatação fiscal de que o ágio amortizado seria artificial – argumento diretamente relacionado à forma de sua constituição e aos seus efeitos no resultado do período – e à aplicação da Instrução CVM nº 319/99.

A autoridade julgadora também menciona que antes da incorporação houve provisões atinentes ao ágio, consideradas indedutíveis pela então controladora, em razão das disposições do art. 13, inciso I, da Lei nº 9.249/95, afirmação que não consta do Relatório Fiscal, até porque ali centrou-se foco nas amortizações promovidas após a incorporação que pretendeu atender às disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Nesta abordagem, o I. Relator da decisão recorrida também se reporta às disposições normativas que disciplinam a escrituração do LALUR, as quais simplesmente dão suporte formal à escrituração promovida pela contribuinte, constatada pela autoridade fiscal nos seguintes termos:

Essa avaliação já leva em conta a provisão contabilizada em abril de 2005 na Gerdau Participações (fl, 1630), em atendimento à determinação do art. 6º da Instrução CVM 319/99. A Gerdau Participações provisionou 100% do ágio relativo à participação detida na Gerdau Internacional Empreendimentos e 66% do ágio relativo à participação detida na Gerdau Açominas (esse é o valor mínimo exigido pela CVM, qual seja, a diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente de sua amortização, benefício esse estimado em 25% de IRPJ e 9% de CSLL.) A provisão sobre o ágio relativo ao investimento na Gerdau Açominas⁵⁵ O



ágio referente ao investimento na Gerdau Internacional Empreendimentos não tem influência no presente trabalho porque não foi aproveitado pela fiscalizada para fins fiscais] gera os seguintes efeitos na incorporação:

a) a Gerdau Açominas recebe como parte do acervo o ágio a ser amortizado (R\$ 9.218.364.570,06), e a provisão a ser revertida proporcionalmente à amortização (R\$ 6.084.120.616,23). A diferença de R\$ 3.134.243.953,83 foi contabilizada como reserva de capital (fl. 206);

b) a Gerdau Açominas registra na parte B do Lalur o valor de R\$ 6.084.120.616,23, a ser excluído à medida que houver a reversão contábil da provisão (fl. 259);

[...]

Isso acarretou uma despesa não operacional mensal de amortização de R\$ 27.086.215,00 e uma receita mensal de reversão da provisão de R\$ 17.876.901,00. De forma concomitante, a fiscalizada passou a excluir da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL o valor da reversão da provisão (R\$ 17.876.901,00), que estava controlado na parte B do Lalur (fls.216 a 849)

No mais, o relatório da decisão recorrida é expresso na referência às folhas nas quais se encontram os documentos e as afirmações reproduzidas.

Quanto ao voto, a autoridade julgadora destacou, no fundamento legal da exigência, o art. 386 do RIR/99 (art. 7º da Lei nº 9.532/97), bem como assinalou, na motivação do lançamento, as constatações de que o ágio não era verdadeiro, que foi gerado internamente ao grupo econômico, com o uso de “empresa veículo”, e sem a correspondência de qualquer pagamento, evidenciando a utilização de um artifício contábil sem suporte econômico para a geração e posterior aproveitamento do ágio, ou seja, essas operações societárias foram engendradas formalmente sem conexão com o mundo fático.

Na seqüência, rebatendo argumentos específicos da impugnante:

1) apontou no Relatório da Ação Fiscal as evidências de que a reorganização societária apenas não foi contestada quanto aos seus objetivos comerciais finais, mas sim quanto ao passo intermediário que ensejou a formação do ágio interno e aos seus efeitos tributários;

2) esclareceu que a Fiscalização não aplicou o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007, mas apenas fez referência a seu conteúdo no mesmo plano da doutrina contábil citada;

3) destacou que a CVM detém competência para regulamentar “matérias expressamente previstas ... na lei de sociedades por ações” (art. 8º, I, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976), e ato administrativo com esta natureza não poderia ser tomado por ilegal;

4) reportou-se a manifestação específica da CVM para afastar a alegação de irretroatividade daquele ato;

5) demonstrou a irrelevância da validade dos laudos de avaliação, ante as irregularidades na geração do ágio, porquanto oriundo de operação societária realizada entre partes não independentes, por meio de sociedade veículo e demais elementos já referidos, que apontam para a artificialidade da operação;

6) aclarou a equivocada interpretação da impugnante acerca da legitimação, que teria sido conferida pelo Fisco, ao diferimento da tributação do ganho de capital, e à amortização do ágio com base no art. 7º da Lei nº 9.532/97, contrapondo excertos específicos do Relatório Fiscal;

7) reafirmou os termos do Relatório Fiscal no sentido de que o Banco Itaú BBA S.A. adquiriu participação societária na Gerdau Participações S.A. sem o

pagamento de ágio, aceitando, portanto, o valor patrimonial apontado na escrita da Gerdau Participações S.A. consoante laudo de avaliação;

8) reconheceu que esta aquisição por parte do Banco Itaú BBA S/A objetivava a aquisição de participação na Gerdau Açominas S/A, mas ressaltou que esta constatação só reforçava a conclusão fiscal no sentido de que a Gerdau Participações S.A. atuou como sociedade veículo, uma vez que o Banco Itaú BBA S.A. passou a sócio da Gerdau Participações S.A. de forma bastante efêmera [três dias], contratualmente voltada para a aquisição de participação societária na Gerdau Açominas S.A.;

9) firmou que a alegação da impugnação de que o Fisco não demonstrou a inexistência (a) do ágio e (b) do fundamento econômico para o ágio acabou por confundir a substância econômica da operação na qual gerado o ágio com o fundamento econômico das avaliações retratadas nos laudos;

10) atestou que os elementos dos autos evidenciam que o ágio foi gerado de forma artificial, quando analisados na seqüência dos fatos que ensejaram a geração e a transferência do ágio, confirmando que:

10.a) Gerdau Participações S/A atuou como “empresa veículo”, inexistindo, nos autos, qualquer sentido para sua existência, mormente tendo em conta o passeio formal dos ativos relativos às sociedades Gerdau Chile Inversiones Ltda., Gerdau Laisa S.A. e Sipar Aceros S.A., e o fato de que, nada de extraordinário, além do ágio, se passou com a Gerdau Participações S.A., durante seu curto período como “holding”; 10.b) o Banco Itaú BBA S.A. efetuou o aumento de capital na Gerdau Participações S.A., três dias antes da incorporação, **então já contratada**, da última, ou seja, um aumento de capital focado na aquisição de participação societária em terceira sociedade: Gerdau Açominas S.A., procedimento que reforça a caracterização daquela sociedade como efêmera, na qual o novo sócio ingressou, como se constata, já de saída;

10.c) em tese, as operações envolvendo partes relacionadas são permeadas por interesses comuns, permitindo alterações formais no controle direto de uma sociedade, sem perda do controle das sociedades envolvidas, como no caso presente, facilitando que outros objetivos, que não o societário ou o negocial, sejam alcançados, a fundamentar a exigência da doutrina citada pela Fiscalização, e da CVM, de que o ágio seja gerado no âmbito de uma relação de comutatividade e independência entre as partes envolvidas;

10.d) no caso concreto, além de envolverem somente partes relacionadas, as operações não importaram em alienação do controle das sociedades e o ágio não correspondeu a um ingresso de recursos novos;

11) declarou legítima a interpretação dada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/77, mormente tendo em conta o contexto no qual esta norma foi editada, mas ressaltando que ela é aplicável não apenas no âmbito das operações de privatização, e sim a toda e qualquer pessoa jurídica que se enquadre na hipótese legal, cabendo ao Fisco coibir a prática de atos artificiais com a finalidade de buscar o enquadramento beneficiado, reduzindo os encargos tributários; e 12) abordou a liberdade do contribuinte diante da norma tributária, afirmando que a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade, e destacando que a jurisprudência não tem dado guarida a planejamentos tributários lastreados exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas.

Confrontando estes argumentos com a motivação expressa no Relatório Fiscal, nota-se que o Fisco não disse que o Banco Itaú BBA S/A foi sócio da Gerdau

Participações S/A por apenas 3 (três) dias, ou que ingressou já de saída, mas sim que formalmente, o Itaú ingressou na Gerdau Participações, mas de fato já estava ingressando na Gerdau Açominas; bem como não afirmou ter havido um passeio formal dos ativos relativos às sociedades Gerdau Chile Inversiones Ltda., Gerdau Laisa S.A. e Sipar Aceros S.A., na medida em que estas operações resultaram em ágio vinculado à Gerdau Internacional Empreendimentos, que não teve influência no presente trabalho porque não foi aproveitado pela fiscalizada para fins fiscais.

O fato é que, para além disso, a autoridade julgadora nada mais fez do que rebater os argumentos da impugnante com a motivação expressa no Relatório Fiscal, e expor o seu entendimento acerca do princípio da legalidade, da capacidade contributiva e da liberdade negocial.

Logo, nada há que macule a decisão recorrida. Ao contrário, cabe apenas reafirmar seus termos em face das alegações renovadas em recurso voluntário.

*De fato, não há qualquer ofensa ao princípio da legalidade ou aplicação retroativa de lei. O art. 7º da Lei nº 9.532/97 é expresso quanto à possibilidade de amortização, apenas, quando uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária **adquirida com ágio** ou deságio, **apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598**, de 26 de dezembro de 1977, como abaixo transcrito:*

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;** (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98)

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Decreto-lei nº 1.598, de 30 de dezembro de 1977

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

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.

[...]

Art. 23.

[...]

§ 5º - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da **amortização de ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. *(negrejou-se)*

Equivocada, portanto, a interpretação da recorrente no sentido de que estes dispositivos legais não prescrevem qualquer condição de que o ágio seja gerado em operações realizadas por empresas não ligadas entre si. Os dispositivos transcritos somente se referem ao ágio formado na aquisição de investimentos e, ainda, o art. 7º da Lei nº 9.532/97 frisa que deve ser ele apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, o qual, por sua vez, trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Em seu memorial, a recorrente acrescenta que a própria CVM, na Nota Explicativa que acompanhou a edição da Instrução CVM nº 247/96, tratou da questão, justificando a existência e o reconhecimento do ágio no caso de subscrição de capital, mesmo que “não tenha havido uma negociação direta com terceiros” (grifo do original). Assim, é importante esclarecer que a referida Instrução CVM nº 247/96 assim dispôs:

Art. 13 - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada e controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

I. equivalência patrimonial baseada em demonstrações contábeis elaboradas nos termos do artigo 10; e

II. ágio ou deságio na aquisição ou na subscrição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

E a correspondente Nota Explicativa foi assim redigida, na parte aventada pela recorrente:

7 - DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações.

Até algum tempo atrás, era entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital.

Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificou-se que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.



[...]

O entendimento anterior era de que, em função da variação do percentual de participação, a nova equivalência patrimonial revelava um ganho de variação para a Cia A e, conseqüentemente, uma perda na Cia B, que deveriam ser contabilizados de imediato nos resultados dos investidores. A explicação para a perda estava baseada na seguinte construção:

[...]

Esse entendimento não é verdadeiro. Na realidade, a Cia B pagou uma parcela adicional em função de uma mais-valia dos bens, que não está refletida nos registros contábeis da Cia XYZ. Só que não o fez diretamente aos proprietários das ações (Cia A). Portanto, o que existe neste caso é a figura do ágio com fundamento nesta mais-valia, e isto é fácil de verificar. Imaginemos que a Cia XYZ tenha reavaliado seus ativos antes do aumento de capital, neste caso, a situação seria a seguinte:

[...]

Nestes termos, resta claro que a Nota Explicativa, ao mencionar que não houve uma negociação direta com terceiros, está cogitando que ao menos houve uma negociação **indireta** com terceiros. No exemplo acima referido, a Cia B paga valor representativo de mais-valia de ativos à Cia XYZ, o que beneficia indiretamente seus sócios, Cia A, situação distinta da presente, na qual o benefício experimentado pela controladora Gerdau S/A decorre de mais-valia por ela reconhecida mediante subscrição, na Gerdau Participações S/A, do investimento que ela antes já detinha na Gerdau Açominas S/A.

Daí a pertinente interpretação veiculada no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge única e exclusivamente, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial supera o valor patrimonial desse investimento. E mais preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim não há do ponto de vista econômico geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros

interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro. mensuração e evidenciação pela contabilidade." (Os grifos constam do original).

*Ou seja, este ato limita-se a reforçar o que consta da lei desde sua edição: é necessário que haja **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, superior ao valor patrimonial desse investimento. E somente há preço e, por consequência, aquisição, quando a operação se realiza entre partes independentes.*

E, não bastasse esta evidência para sua caracterização como ato interpretativo, aplicável a qualquer tempo, cabe também destacar o que expresso em sua introdução:

"A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACOM, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado".

Isto porque o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela referida FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), e citado pela Fiscalização nos termos de sua edição de 2008, afirma o mesmo entendimento no âmbito doutrinário, expondo com clareza o conceito contábil de ágio nos termos a seguir transcritos:

11.7.1 — Introdução e Conceito

Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, **nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio.** Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.

Todavia, no caso de uma companhia **adquirir** ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, **há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial,** e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

Ao **comprar** ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da **compra,** segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e, o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta(..)

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da **aquisição das ações**, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se **compraram as ações**, preferencialmente na mesma data-base da compra das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a **aquisição** for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.

b) DATA-BASE

Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão **das negociações**. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva **transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas** a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.(..)

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio (...)

c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

Esse ágio (ou deságio) **ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor)** que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 **pagos a mais na compra das ações** representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

a) CONTABILIZAÇÃO

I - **Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura** O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual **se pagou** por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. **O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente** devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações **adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000**, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa **adquirida**. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se **pagou o ágio** não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(..)

Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre **o valor pago na aquisição do investimento** e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma (...).

11.7.6 Ágio na Subscrição (...)

b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que **surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já**

existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença **entre o valor de custo do investimento** e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir **novo acionista** (Empresa X) não, pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo **novo** acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.

O preço de emissão das novas ações, digamos \$ 100 cada, representa. a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor, patrimonial contábil da Empresa B, digamos \$ 60, acrescido de uma mais-valia de \$ 40, correspondente, por exemplo, ao fato de o valor de mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, **o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B.**" (negrejou-se)

No mesmo sentido são as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães ao analisar caso semelhante, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como **ÁGIO**, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despende um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada à empresa ERNST & YOUNG.

O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas.

Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-

somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.

A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.

Frise-se que a Fiscalização expressamente afirmou o que se vislumbra nas interpretações inicialmente transcritas:

Conforme já referido, o ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial, quando o valor pago pelas cotas/ações é maior do que o valor patrimonial dessas ações. Pode ocorrer tanto na aquisição da participação societária junto a terceiros, como na subscrição/integralização de capital em sociedade já existente ou em fase de constituição.

Para a caracterização do ágio é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros. A operação surge da vontade das partes independentes, que, no interesse comum, estabelecem um preço que reflita o valor real do investimento, baseado em fundamentos econômicos que demonstrem não estar plenamente representado na contabilidade da investida o seu valor justo.

Em memoriais, a interessada aperfeiçoa sua objeção ao conceito de aquisição adotado pela Fiscalização, afirmando que tal se dá quando há transferência da titularidade de uma participação societária, podendo ser derivada, como é o caso da compra e venda ou de permuta, ou originária, como no caso do ágio, mediante a emissão primária de ações, decorrente da subscrição de ações. Transcreve doutrina afirmando que para fins de geração do ágio, a existência, ou não, do pagamento em moeda é irrelevante, pois mesmo nesse caso há um legítimo custo de aquisição, que corresponde ao valor das novas ações emitidas em aumento de capital (o pagamento pelas ações adquiridas ocorre com entrega das ações emitidas em aumento de capital).

A argumentação, porém, desvia o foco da discussão para o meio de pagamento utilizado, enquanto a acusação fiscal centra-se na necessidade de dispêndio para obter algo de terceiros, ou seja, para obtenção de algo que não é próprio, e assim configura aquisição. O pagamento, neste caso, configura a entrega da prestação a outrem, contexto que não se configura no presente caso, no qual o controle da Gerdau Açominas S/A foi mantido pelo mesmo titular, embora não mais de forma direta, e sim indireta.

Irrelevante, portanto, a abordagem nos pontos em que defende a retribuição em ações como pagamento, e a existência de pagamento mesmo sem a saída de caixa. Consoante afirma o próprio Parecer Normativo CST nº 949/72, citado nos memoriais, irrelevante é o meio de pagamento adotado para fins de aquisição, no caso, de ações ou cotas de capital: quantias desembolsadas na sua compra a terceiros, além do valor das bonificações recebidas em novos bens da espécie ou mediante valorização dos possuídos e, ainda, o valor dos gratuitamente cedidos a empresa também representam formas de aquisição daqueles direitos, mas aí sempre considerando-se que isto se dá em face de uma investida que aufer lucros e os apropria de forma a beneficiar seus sócios, e não em razão da determinação do valor patrimonial do investimento por parte, exclusivamente, deste sócio.

Dúvidas não há acerca da amplitude do alcance do termo “aquisição”, pois várias são as formas pelas quais um bem ou direito muda de titularidade, assim como sabe-se que diferentes são os meios utilizados para cumprimento das condições necessárias para que o negócio jurídico se aperfeiçoe. Contudo, em todas estas

variações, há sempre a presença do terceiro como contraparte, e este é o aspecto relevante, ausente na operação em debate.

Não se pode admitir, como quer a recorrente em sua citação contida em memoriais, que haja formação de ágio em razão de o custo de aquisição para a Gerdau Participações, na aquisição das participações societárias na Gerdau Açominas corresponder ao montante pelo qual a Gerdau Participações emitiu novas ações, pois a Gerdau Participações nada mais é do que uma extensão da Gerdau S/A que, como bem apontado pela autoridade lançadora no momento imediatamente anterior ao início da reorganização, em 29/12/2004, detinha a maioria do capital votante da Gerdau Açominas S/A (91,49%), da Gerdau Participações S/A (98,98%) e da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda (94,88%). Ou seja, a Gerdau S/A não poderia adquirir algo que ela já possuía.

E não se trata, meramente, de negar a possibilidade de aquisição por empresa integrante do mesmo grupo econômico. A autoridade lançadora evidenciou que antes de 29/12/2004 a Gerdau S/A detinha a maioria do capital votante da Gerdau Açominas S/A (91,49%) e, após a reestruturação societária promovida, voltou a deter este controle direto, com 89,35% das ações da atuada, sendo que neste intervalo de tempo manteve o controle indireto da atuada, por possuir 98,98% das ações da Gerdau Participações S/A.

Mais que a existência de uma pessoa jurídica adquirente e uma pessoa jurídica alienante do controle societário, é necessário que distintas sejam estas pessoas jurídicas: que sejam duas, e não a mesma pessoa em ambos os pólos da relação jurídica.

Tão só esta constatação já seria suficiente para rejeitar os efeitos fiscais da amortização do ágio contabilizado pela fiscalizada, e classificá-lo como artificial e inválido. Todavia, a Fiscalização aprofundou seus trabalhos abordando aspectos que poderiam ser contrapostos pela interessada, como de fato foram.

A recorrente questiona a qualificação da Gerdau Participações S/A como empresa veículo, estranha ao procedimento de reorganização das empresas Gerdau [...], sem nenhuma outra função que fosse a de permitir a geração e distribuição do ágio entre as demais empresas. Entende que a Fiscalização não se reportou a esta sociedade como peça importante e fundamental à caracterização da infração fiscal de que aqui se cogita, e que até a classificou como "veículo", mas sem fundamentar a afirmativa de ser o ágio artificial na sua existência.

Não assiste razão à recorrente.

Desde o início do Relatório Fiscal a autoridade lançadora deixou claro que a Siderúrgica Riograndense S/A somente passou a se constituir na Gerdau Participações S/A em 29/12/2004, com alteração de seu objeto social e aumento de seu capital social de R\$ 422.360,00 para R\$ 15.227.078.630,00, mediante incorporação das participações antes detidas pela Gerdau S/A na Gerdau Açominas e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda, operação da qual não resultou qualquer alienação ou aquisição de controle societário, pois a Gerdau S/A permaneceu com o controle da Gerdau Açominas. E mais à frente, ao abordar a posterior incorporação da Gerdau Participações S/A pela Gerdau Açominas, classificada na proposta apresentada aos acionistas como estágio intermediário do processo de reorganização societária pelo qual está passando o Grupo Gerdau, a Fiscalização destacou:

Frise-se que o denominado "estágio intermediário" foi precedido, quatro meses antes, da reativação da antiga Siderúrgica Riograndense, que estava praticamente inoperante há muitos anos, apresentando resultados irrisórios decorrentes de participação societária igualmente inexpressiva, considerando o porte do Grupo

Gerdau (DIPJs fl. 1300). Com a integralização de capital ocorrida em 29/12/2004, a sociedade foi "reativada" como expressiva holding, para a seguir ser incorporada em 09/05/2005. Não há qualquer dúvida da utilização da Gerdau Participações S/A (Siderúrgica Riograndense) como empresa veículo⁷ para o aproveitamento do ágio, ainda que esse "estágio intermediário" esteja incluído num contexto maior, cujos objetivos não são contestados no presente relatório.

A nota de rodapé nº 7 do Relatório Fiscal se presta, ainda, a acrescentar que a característica de uma sociedade veículo é a sua breve existência, com o intuito único de transportar o ágio para torná-lo dedutível para fins fiscais. Embora a Gerdau Participações S/A (Siderúrgica Riograndense) não tenha sido constituída no momento da subscrição de capital, era uma sociedade praticamente inoperante há muitos anos.

A acusação fiscal é clara e motivada, e revela exatamente o cenário vislumbrado pela autoridade julgadora de primeira instância: a constituição de uma holding de efêmera duração, por meio da qual o ágio é constituído e, ao final, acaba por integrar o próprio patrimônio da investida e reduzir o seu lucro tributável, sem qualquer pagamento a justificá-lo.

Mas a recorrente prossegue em sua contestação atribuindo sentido à existência da holding, até porque o Fisco não questionou o propósito negocial da reorganização societária. Afirma que o ponto nodal da questão está no fato constatado e declarado de que este estágio intermediário (intromissão da Gerdau Participações S.A.) esteja incluído num contexto maior, cujos objetivos não são contestados no Relatório da Ação Fiscal, isto é, o fato de que a existência da Gerdau Participações S.A. não maculou os objetivos perseguidos na reorganização das empresas do assim considerado grupo Gerdau.

Procura esclarecer, assim, que com a existência da Gerdau Participações S/A os mais de 4.000 acionistas desta última tiveram a oportunidade de participar dos negócios siderúrgicos desenvolvidos pelo grupo Gerdau na América Latina, em condições de igualdade com os demais acionistas da Gerdau S.A., bem como foi possível atrair um sócio financeiro (Banco Itaú BBA S.A.) para fazer parte do pacote de financiamentos do seu projeto de expansão.

Acrescenta que, sem a utilização da Gerdau Participações S.A., haveria que se enfrentar outras questões relacionadas ao direito societário, tais como, o recesso pela mudança (adição de atividade) do objeto social da Gerdau Açominas S.A., a fim de que participasse no capital de outras sociedades, bem como, ao direito de preferência por parte de acionistas minoritários na subscrição de novas ações caso a Gerdau Açominas S.A. as tivesse emitido numa oferta primária de ações.

Ocorre que, à semelhança dos demais argumentos de defesa, a recorrente trata este aspecto isoladamente, para assim tentar desconstituí-lo. E, em que pese a decisão recorrida tenha afastado diversas justificativas que poderiam existir para a utilização da Gerdau Participações S/A na referida reorganização societária, sem cogitar destas que agora a recorrente alega, sempre subsistirá o fato de que a Gerdau Participações S/A se prestou como veículo para tornar o suposto ágio dedutível na apuração do lucro tributável da autuada, quer seja apenas para este fim, ou também para este fim.

Ou seja, sem a participação de terceiros, a Gerdau S/A atribuiu às suas participações societárias na Gerdau Açominas S/A e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda um valor superior ao patrimonial, e assim constituiu um ativo que classificou como ágio, mediante a mera substituição de seu controle direto, por controle indireto, sobre estas mesmas participações societárias. Com base em um laudo de rentabilidade futura, constituiu, por meio da reorganização

societária em referência, uma despesa que se presta, justamente, a anular os efeitos tributários sobre a realização desta rentabilidade futura.

Daí porque a autoridade fiscal expressamente diz não questionar o propósito negocial da operação como um todo, que culminou na cisão da Gerdau Açominas e na consequente individualização por segmento de atuação dentro do Grupo Gerdau. Rejeita-se, apenas, a utilização de um artifício contábil que enseja a constituição de um suposto ágio e permite a sua posterior amortização, com efeitos na apuração do lucro tributável.

Eventualmente a existência da Gerdau Participações S/A pode até ter se prestado aos fins alegados, assim como pode-se inferir que, alcançados estes, não mais se justificaria a sua manutenção como holding. O que não se explica é a atribuição de um valor majorado por expectativa de rentabilidade futura às participações societárias com as quais a Gerdau S/A aumentou seu capital, e a classificação, deste diferencial, como ágio passível de amortização após a extinção da holding mediante incorporação pela Gerdau Açominas S/A.

Irrelevante, portanto, se foi alcançado o objetivo final de emprestar às empresas operacionais uma dinâmica operacional diversa, reunindo em empresas próprias cada segmento de seu processo produtivo e mercadológico, e mesmo se os atos praticados foram válidos e lícitos, porque devidamente arquivados no Registro do Comércio. A desconstituição de aspectos marginais não é suficiente para invalidar a acusação de que o ágio interno aqui constituído é artificial e não se presta a reduzir o lucro tributável.

De toda sorte, faz-se oportuno abordar algumas alegações complementares consignadas no memorial da recorrente, no sentido de que a reavaliação do valor da participação societária da Gerdau S/A na Gerdau Açominas S/A se fez necessária para viabilizar o aporte do Itaú BBA, no valor de R\$ 550 milhões.

Aduz a recorrente que, caso o aumento de capital a ser subscrito pelo Itaú BBA se materializasse diretamente na Gerdau Açominas, deveria ser concedido direito de preferência aos minoritários para que eles, nos mesmos termos e condições, subscrivessem outras ações da companhia. E, mais adiante, a interessada reporta-se ao art. 1º, inciso VIII, da Instrução CVM nº 323/2000, que classifica de exercício abusivo do poder de controle a fixação do preço de emissão em valores substancialmente mais elevados em relação à cotação de bolsa ou do mercado organizado.

Em verdade, o referido ato normativo assim dispõe:

Art. 1º - São modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, sem prejuízo de outras previsões legais ou regulamentares, ou de outras condutas assim entendidas pela CVM:

[...]

VIII. a promoção de diluição injustificada dos acionistas não controladores, por meio de aumento de capital em proporções quantitativamente desarrazoadas, inclusive mediante a incorporação, sob qualquer modalidade, de sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, ou da fixação do preço de emissão das ações em valores substancialmente elevados em relação à cotação de bolsa ou de mercado de balcão organizado;

[...] (negrejou-se)

Veja-se, porém, que o ingresso do Itaú BBA no rol de acionistas da Gerdau Açominas S/A somente não alteraria a participação relativa dos acionistas minoritários caso a Gerdau S/A lhe alienasse ações de sua titularidade. É certo que, mantidos os investimentos diretos na Gerdau Açominas S/A, a Gerdau S/A deveria

respeitar o direito de preferência dos minoritários, mas estes somente poderiam obstar a entrada de um terceiro se pagassem o mesmo preço, e observassem as mesmas condições por ele oferecidas, situação pouco provável tendo em conta que o Itaú BBA aceitou o valor econômico lastreado em rentabilidade futura formador das amortizações aqui contestadas, o qual, como bem cita a recorrente em memorial, seria excessivamente elevado, por força do ágio que deveria ser cobrado para que ações de uma companhia com valor patrimonial de, aproximadamente, R\$ 5 bilhões, fossem emitidas, considerando o valor econômico de mais de R\$ 16 bilhões.

De toda sorte, mesmo admitindo-se que esta hipótese justificaria a utilização da Gerdau Participações S/A para a ingresso do novo sócio, ainda assim não se explica a reavaliação da participação societária detida pela Gerdau S/A na Gerdau Açominas S/A, pois o Itaú BBA poderia fazer o mesmo aporte de recursos, em troca de idêntica participação societária, ainda que sem esta reavaliação. Apenas que, se assim procedesse, o ágio pago pelo Itaú BBA seria passível de amortização somente por este adquirente, inclusive sem efeitos na apuração do lucro tributável, na medida em que a lei exige, para tanto, a extinção da investidora ou da investida mediante incorporação, fusão ou cisão.

Acrescente-se, ainda, que a participação do Itaú BBA na Gerdau Açominas S/A seria, de uma ou de outra forma, a mesma, devendo ser excluída a cogitação da recorrente, em seu memorial, de que o Itaú BBA teria uma participação excessiva (considerando o valor econômico da Açominas antes da reavaliação) em contrapartida dos seus R\$ 550 milhões, a qual se aproximaria dos níveis em que, potencialmente, deveria registrar seu investimento pelo método da equivalência patrimonial, com conseqüências talvez indesejadas para uma instituição financeira.

Desnecessário, portanto, abordar qual o conceito atribuído, nesta instância de julgamento, a empresas veículo, pois ainda que a constituição da Gerdau Participações S/A como holding tenha se prestado a facilitar a participação do Itaú BBA no capital da Gerdau Açominas S/A, subsiste o fato de que o uso daquela pessoa jurídica permitiu a reavaliação das participações societárias detidas pela Gerdau S/A na Gerdau Açominas S/A com diferimento da tributação sobre este ganho, a formação de uma mais-valia equivocadamente classificada como ágio, amortizado nos períodos de apuração autuados.

Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade na interpretação da Fiscalização. Ao contrário, o procedimento fiscal presta-se a assegurar o regular pagamento dos tributos que deveriam ter incidido sobre a riqueza gerada pela autuada, e que somente poderia ter sido excluída da tributação se alguém houvesse pago pelo ágio amortizado.

A defesa centra-se, então, na acusação de negócio entre partes relacionadas, afirmando que, na reorganização societária, de que participou a Recorrente, existiram operações com "objetivos outros que não o societário ou o negocial", e que "não importaram em alienação do controle das sociedades", apesar de o Relator expressamente negar a contestação dos objetivos negociais finais da reorganização. Entende que novamente há inovação, pois o fundamento único da exigência foi o fato de o ágio ter sido gerado em meio a operações que envolveram sociedades sob controle comum, direto ou indireto.

Com estas alegações, a recorrente possivelmente pretende apontar contradições onde não há. A Fiscalização e o I. Relator da decisão afirmaram, de fato, que não foram contestados os objetivos negociais finais da reorganização, valendo-se da qualificação atribuída a estas operações justamente para fazer referência à organização das atividades da contribuinte, mediante transferência de operações da Gerdau S/A para a Gerdau Açominas S/A e, ainda, cisão parcial desta para

distribuição de atividades em empresas distintas. De outro lado, a todo o tempo o relato das infrações cometidas centra foco no passo intermediário destas operações, que ensejou a criação do ágio interno, e que somente foi possível com a exclusiva participação, na sua execução, de sociedades sob controle comum, direto ou indireto.

Não há inovação na decisão ou obscuridade na acusação. O fato contestado pelo Fisco, e que subsiste injustificado, é a formação, nesta reorganização societária, do ágio amortizado, com efeitos na apuração do lucro tributável.

E, como dito, sem a participação de um terceiro que pague, pela participação societária, valor acima do patrimonial, não há o que se falar em ágio, consoante dicção da própria lei. Os laudos de avaliação apresentados pela contribuinte se prestam, apenas, a demonstrar a rentabilidade que pode produzir aquela participação societária no futuro, mas não são hábeis a qualificar a diferença entre esta avaliação e o valor patrimonial como ágio.

Em verdade, tais laudos de avaliação, quando elaborados em atenção a interesses, apenas, de empresas sob controle comum, dão lastro à reavaliação das participações societárias, e não à formação de ágio. Esta Relatora, inclusive, já se manifestou neste sentido, em anterior sessão de julgamento desta Turma, ao apreciar o litígio presente no processo administrativo nº 10980.017339/2008-78, conforme excertos a seguir reproduzidos:

Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu, assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.

E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi et alli, em sua obra Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e prática (Editora IR Publicações, 29ª edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:

“O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.

A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08-2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:

[...]

A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa

A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.

A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.”

Rejeita-se, portanto, a interpretação que a recorrente atribui a Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus em seu memorial, no sentido de que o disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 beneficiou a entidade que integralizasse participação societária numa empresa no aumento de capital de outra, promovendo o diferimento da tributação do lucro daí resultante e, de outro lado, permitindo a dedutibilidade imediata do ágio na adquirente: como ela própria menciona em seu memorial (à página 12) houve, apenas, reavaliação na Gerdau Participações, das ações que a Gerdau S/A sempre deteve na Gerdau Açominas S/A, e a mais-valia decorrente desta reavaliação não representa ágio amortizável.

No mesmo sentido é o texto doutrinário citado, também no referido memorial, de autoria de Edison Carlos Fernandes (Imposto sobre a renda, planejamento tributário, o revogado artigo 36 da Lei nº 10.637/02 e a extinta correção monetária de balanço. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 129 (jun/2006), p. 27):

À luz do exposto, entendemos que o artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002, revogado pela Lei nº 11.196, de 2005, veio corrigir a legislação tributária no sentido de adequar as oportunidades de atualização dos bens, direitos e do patrimônio líquido, incluindo, nesse rol, os investimentos permanentes relevantes. Dessa forma, resgatava-se, após o artigo 4º da Lei nº 9.249, de 1995, "uma certa correção monetária de balanço", porque estaria garantindo o diferimento da tributação incidente sobre o ganho gerado pela avaliação de investimento relevante, sujeito ao método de equivalência patrimonial (assim como já ocorre no caso dos bens do ativo imobilizado e do investimento não relevante, avaliado pelo método do custo de aquisição).

Sendo assim, estaria plenamente justificada a conduta de contribuintes pessoas jurídicas que criaram, previamente, as condições necessárias para aproveitamento dos benefícios concedidos pelo referido artigo revogado. Não se configura, dessa forma, o abuso de direito, porque o procedimento do artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002, foi o único meio previsto pelo legislador, seja por qual motivo for, para a reavaliação de investimento relevante, com a tributação sobre o ganho gerado diferida. (grifo contido na transcrição do memorial)

Por meio desta reavaliação a pessoa jurídica atribui valor atualizado a itens de seu patrimônio que não mais se sujeitam a correção monetária de balanço, e o resultado positivo daí decorrente não tem tributação imediata, sendo diferido para o momento em que esta riqueza se materializar com a efetiva alienação daquele direito a terceiros. Neste primeiro momento de reavaliação, não há ágio a ser destacado no valor patrimonial do bem, procedimento somente previsto em lei quando há aquisição, a qual somente acontece com a intervenção de terceiros.

Desnecessária, portanto, a contestação do valor expresso nos laudos de avaliação. O questionamento do Fisco é anterior, e validamente desqualifica a operação como formadora de ágio amortizável, independentemente de estar provada uma expectativa de rentabilidade futura em razão de determinado empreendimento.



Por esta razão, também, são impróprias as referências feitas a julgados deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e do antigo Conselho de Contribuintes, favoráveis à amortização de ágio quando comprovado seu fundamento econômico. De fato, os quatro casos citados evidenciam que o ágio amortizado exsurge em efetiva aquisição de investimentos:

a) o Acórdão nº 1101-00.064 trata de amortização de ágio pago por Sara Lee Cafés do Brasil Ltda em aquisição de Café Pilão Caboclo, antes controlado por Companhia União dos Refinadores de Açúcar e Café;

b) o Acórdão nº 101-97027 trata de amortização de ágio pago por ABRIL e HAVAS em aquisição de Editora Ática S/A;

c) o Acórdão nº 105-16.774 trata de amortização de ágio pago por Garuda S/A, através de sua controlada Futura Alimentos Ltda, em aquisição de parte da CNM Participações Ltda, controladora de Casa do Pão de Queijo Ltda; e

d) o Acórdão nº 101-96.125 trata de amortização de ágio pago em aquisição de Companhia de Participações Agrícolas, glosada sob a justificativa de que a Lei nº 9.532/97 não autorizaria este procedimento no caso de incorporação da controladora pela controlada, e também porque o fundamento do ágio não seria de rentabilidade futura.

Em verdade, como já dito, a jurisprudência administrativa que se amolda ao caso presente é aquela citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, conforme ementas a seguir transcritas:

ÁGIO NA INCORPORAÇÃO - Não demonstrado o pagamento de ágio, não há de se falar em aproveitamento do mesmo pela incorporadora. (Acórdão nº 105-17.219, sessão de 17 de setembro de 2008, Relator Marcos Rodrigues de Mello)

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a, incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora. (Acórdão nº 103-23.290, sessão de 5 de dezembro de 2007, Relator Aloysio José Percínio da Silva).

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. (Acórdão nº 101-96.724, sessão de 28 de maio de 2008, Relatora Sandra Maria Faroni)

Em tais casos, o ágio amortizado foi criado de forma artificial (acórdãos 105-17.219 e 103-23.290) e eventualmente também simulada (acórdão nº 101-96.724), e a glosa procedida pelo Fisco foi mantida.

A recorrente afirma, ainda, que inexistente qualquer outra condicionante, para além daquelas previstas em lei, para diferimento da tributação do ganho de capital com base no art. 36 da Lei 10.637/2002, transcrevendo doutrina contrária à tributação do ganho de capital em caso de fusão, cisão ou incorporação de empresas coligadas ou controladas. Todavia, esta matéria não integra o presente litígio, que se cinge à

glosa da amortização do ágio que a interessada entende constituído na reorganização societária da qual participou.

Eventualmente a interessada poderia estar cogitando que a exigência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros indevidamente reduzidos pela amortização de ágio equivaleria à tributação do ganho de capital possivelmente contabilizado por suas acionistas, mas diferido na forma do art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Ocorre que, em caso de efetiva alienação das ações da empresa autuada, ausente alteração na distribuição da participação societária entre os acionistas, o investimento se apresentaria no patrimônio destes em valor majorado pela reavaliação, reduzindo o ganho de capital efetivamente auferido, a ser recomposto pela realização dos valores diferidos na operação realizada.

Já a exigência em debate constitui os tributos incidentes sobre a renda efetivamente auferida pela autuada, e não por seus sócios, distorcida pela amortização do alegado ágio, e não se confunde com a tributação do ganho de capital que possa vir a ser auferido pelos acionistas em alienação do investimento a terceiros. Eventualmente outras ocorrências societárias poderiam ter este efeito, mas este não é o espaço para discuti-las em tese, mormente sem qualquer prova de que o referido ganho de capital diferido já tenha sido oferecido à tributação, para se cogitar de algum recolhimento postergado dentro do grupo econômico, a exigir a apreciação da possibilidade de seu aproveitamento na presente exigência.

Neste contexto, inclusive, resta clara a impropriedade da suposição, contida no memorial da recorrente, de que o objetivo da Fiscalização seria dar efeito retroativo à revogação levada a efeito pelo art. 133, inciso III, da Lei nº 11.196/2005, implementando disposição que constou do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 252/2005, e não foi convertida em lei:

Art. 37. O saldo, existente em 31 de dezembro de 2005, da diferença apurada entre o valor de integralização de capital e o da participação societária dada em integralização, controlado no livro fiscal de apuração do lucro real da empresa que efetuou a subscrição e integralização nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, será computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, nas seguintes condições:

I – vinte por cento do total da diferença a cada período de apuração, para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real anual;

II – cinco por cento do total da diferença a cada período de apuração, para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real trimestral;

III – integralmente, nas hipóteses de que tratam os §§1º e 2º do art. 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

O referido dispositivo trata da tributação do ganho de capital contabilizado pela investidora (neste caso, a Gerdau S/A) ao integralizar capital com participação societária de sua titularidade, ao passo que nestes autos está, em debate, o ágio indevidamente reconhecido pela investida (neste caso, Gerdau Participações S/A) ao registrar esta participação societária por seu valor reavaliado, e indevidamente amortizado pela autuada (Gerdau Açominas S/A) e suas sucessoras (Gerdau Açoes Especiais S/A e Gerdau Comercial S/A), após incorporação daquela investida.

Tal operação fez com que o lucro real e a base de cálculo da CSLL da autuada fossem indevidamente reduzidos nos períodos fiscalizados, e até o momento do lançamento nenhuma outra incidência se materializou de forma a reduzir o prejuízo do Fisco com a operação em debate. Em consequência, não há indevida retroação, ou qualquer outra ilegalidade, mostrando-se correta a exigência, como formalizada.



Mas a doutrina citada pela recorrente também assevera que qualquer tipo de incorporação, fusão ou cisão, nas hipóteses do art. 36, §2º da Lei nº 10.637/2002, do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e do art. 7º da Lei nº 9.532/97, gera, em havendo ágio, a possibilidade de sua amortização no futuro.

Por esta razão, releva esclarecer que o questionamento fiscal não se escora no fato de a incorporação ter ocorrido entre empresas ligadas, mas sim na constituição deste suposto ágio entre essas empresas, sob controle comum.

E a doutrina antes citada já antecipa que o reconhecimento deste ganho, com tributação postergada por determinação legal, não tem por reflexo a formação de ágio amortizável.

É certo que a reavaliação da participação societária em operação interna apresenta alguma semelhança com a alienação de participação societária com ágio, quando fundamentadas em rentabilidade futura do investimento. Todavia, o efeito desta valorização é tratado de forma distinta no âmbito tributário: a mais-valia verificada na aquisição, por terceiro, do investimento, é conceitualmente determinada ágio e passível de amortização se cumpridas as demais determinações legais; a mais-valia internamente apropriada, por decisão dos próprios investidores, é mera reavaliação de investimento, cuja contrapartida em resultado não se justifica se o investimento continua a existir depois de transitar por empresas do mesmo grupo e retornar aos sócios/acionistas iniciais.

Logo, não há qualquer ofensa aos dispositivos legais referidos, pois aqui não se está exigindo a tributação do referido ganho de capital, mas sim revertendo-se os efeitos da amortização de um montante que não pode ser classificado como ágio. Para tanto basta, como fez o Fisco, evidenciar a artificialidade na geração de ágio interno no grupo econômico, desconstituindo-o na origem, sem a necessidade de questionar seu real fundamento econômico, ou de invalidar a própria reorganização societária.

Observe-se, ainda, que, como a própria recorrente indica, a Fiscalização reconheceu que o Banco Itaú BBA S/A, em igualdade, sujeitou-se ao ônus da mais valia, aceitando o valor patrimonial apontado na escrita da Gerdau Participações, consoante laudo de avaliação. Contudo tal não se presta a dar substância ao ágio com base nos valores expressos em laudo de avaliação, mas sim a evidenciar que sequer neste momento houve o pagamento de ágio, porque o valor patrimonial da participação societária já se encontrava reajustado contabilmente, em razão da expectativa de rentabilidade futura, reconhecida na operação realizada entre empresas sob controle comum.

E, ainda que se pudesse afirmar que o Banco Itaú BBA S/A, ao aceitar o valor patrimonial apontado na escrita da Gerdau Participações, pagou, ao menos em parte, o ágio amortizado, não se poderia olvidar que o direito a esta amortização seria do Banco Itaú BBA S/A, e só afetaria o lucro tributável da autuada se ela incorporasse tal investidor, na forma do art. 8º da Lei nº 9.532/97.

A recorrente também menciona a participação do Banco Itaú BBA S/A ao alegar que a permissão contida no art. 7º da Lei nº 9.532/97 se dirige a qualquer pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra nas condições enumeradas, inexistindo exigência de participação de terceiras pessoas na operação correspondente. Mas, como já dito, o referido dispositivo legal pressupõe a formação de ágio em aquisição de investimento, o que já se demonstrou não ser o caso presente, nem mesmo em relação à participação do Banco Itaú BBA S/A que, como referido acima, figura como adquirente, e pagou pela participação societária o valor patrimonial já reavaliado, constante da escrituração da investida.



Esclareça-se, ainda, que não se trata aqui de interpretação econômica, como aventado pela recorrente. As leis e a doutrina citadas, bem como o Ofício Circular da CVM nº 01/2007, antes citado, expressam o real conteúdo dos termos da legislação que tratam da formação e da amortização do ágio tanto na esfera comercial, como tributária, sem a necessidade de desconsideração de qualquer ato para busca, mediante analogia, de outra operação que, se realizada, pudesse se sujeitar à tributação.

*Em outras palavras, nada mais se fez, aqui, do que aplicar a estrita legalidade, em interpretação literal da lei que institui o benefício fiscal de amortização do **ágio pago na aquisição de investimentos**, quando presentes as demais exigências da Lei nº 9.532/97. A Fiscalização apenas fez respeitar conceitos expressos na lei para definição do lucro líquido contábil, ponto de partida para apuração da riqueza tributável pelo IRPJ e pela CSLL.*

*Ao contrário do entendimento expresso na doutrina citada pela recorrente, não era necessário que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 trouxesse, em um terceiro parágrafo, ressalva à incorporação de coligadas ou controladas quanto à aplicação do art. 7º da Lei nº 9.532/97, explicitando a diferença que poderia existir neste caso. A própria Lei nº 9.532/97, assim como o Decreto-lei nº 1.598/77, deixam claro que o ágio amortizável é aquele **pago na aquisição de investimentos**, hipótese não tratada no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, o qual alcança, apenas, reorganização societária promovida dentro de um mesmo grupo econômico.*

Feita esta diferenciação, impróprias também se mostram as referências às tentativas frustradas de tributação do ganho de capital diferido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, e à jurisprudência administrativa que condena a conduta do Fisco ao tentar “consertar” leis mal elaboradas. A ausência de lei que determine a tributação deste valor diferido não convalida, em hipótese alguma, a amortização de ágio promovida pela autuada, porque provada, nos termos da lei, a indevida atribuição desta natureza à mais-valia reconhecida, em operação interna, sobre o valor da participação societária em questão.

E, estando a autuação fiscal fundamentada em lei, desnecessário abordar a complementação de argumentos apresentados pela recorrente para classificar o Ofício Circular da CVM citado pelo Fisco como mera norma contábil, para negar-lhe efeitos retroativos e para exigir que tal ato se restringisse aos ditamos legais interpretados.

Cumpra acrescentar, por fim, que na declaração de voto do I. Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, a quem foi atribuída a redação do voto vencedor neste acórdão, pode ter sido identificada a origem da interpretação que a recorrente atribuiu, em memoriais, a Eliseu Martins, a qual estaria contida no artigo “A INCORPORAÇÃO REVERSA COM ÁGIO GERADO INTERNAMENTE: CONSEQUÊNCIAS DA ELISÃO FISCAL SOBRE A CONTABILIDADE”, disponível no endereço da Internet “<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004>”, por ele elaborado em conjunto com Jorge Vieira da Costa Junior. Assim, cabe aqui registrar o acréscimo feito, por esta Relatora, por ocasião da sessão de julgamento, em razão desta citação.

Consignou esta Relatora a contradição presente em referido artigo, que de um lado conceitua ágio como resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, e repudia o reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade, concluindo ser inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada



dentro de um mesmo grupo econômico, mas de outro infere que a Fazenda Pública admite a dedução as amortizações deste valor como sendo ágio.

Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas.

Repudia-se, portanto, a afirmação contida naquele artigo, no sentido de que a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, pois nenhum ato normativo da Receita Federal admite tal dedução. A resposta dada pela Fazenda Pública a estas ocorrências está expressa em reiterada jurisprudência administrativa deste Conselho, citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a qual manteve, até agora, todas as exigências formalizadas em razão da glosa do ágio gerado neste tipo operações.

Na medida em que o lucro real tem por base o lucro contábil, deve-se aplicar aqui o entendimento doutrinário acerca do que pode ser admitido conceitualmente como ágio, até porque, o art. 110 do CTN não permite à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. E, como extensamente demonstrado neste voto, não só o artigo em destaque, como também a mais abalizada doutrina contábil, reafirmada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre repudiou a classificação da mais-valia gerada em operações intra-grupo como ágio.

Em síntese, como dito por esta Relatora durante a sessão de julgamento, não há o que se falar, aqui, em operações envolvendo entidades "A", "B" e "C", na medida em que o resultado final desta reorganização é a manutenção do controle de "A" sobre "B", que apenas transitoriamente passou a indireto, sob a titularidade da empresa veículo "C". Inexiste aquisição entre "A" e "C", inexistente ágio.

Por todo o exposto, e também em observância o invocado princípio da verdade material, conclui-se que a denominada real e efetiva avaliação econômica realizada pela Metal Data Engenharia e Representações, das participações societárias da Gerdau S/A, na Gerdau Açominas S/A e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda, embora tenha se prestado ao registro de ganho de capital tributável, mas diferido, auferido e registrado pela Gerdau S/A, não tem como contrapartida a materialização de ágio, o qual, nos termos da lei e da doutrina contábil, apenas se forma quando há aquisição do investimento por terceiros.

Assim, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Em consequência, também inadmissível se mostra a amortização dos valores aqui questionados, vertidos à auçada em razão da cisão parcial de GERDAU AÇOMINAS S/A.

Assim, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.


EDELE PEREIRA BESSA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO

Na sua essência, a situação que subjaz ao lançamento é a seguinte: 1º) a empresa “A”, controladora de “B”, subscreve e integraliza capital na empresa “C”, utilizando ações de “B”; 2º) na integralização, as ações de “B” são recebidas por “C” por valor maior do que o valor patrimonial, sendo a diferença justificada por laudo de avaliação, em razão de expectativa de resultado futuro; 3º) com a integralização, a empresa “A” apura ganho de capital pela alienação do controle de “B” e a empresa “C” registra ágio pela aquisição a valor maior do que o valor patrimonial das ações que adquiriu; 4º) a empresa “B” (controlada) incorpora a empresa “C” (controladora) e passa a contabilizar a amortização do ágio.

No que tange ao caso em concreto, a fiscalização descreve quadro semelhante ao acima descrito e faz uma abordagem histórica da legislação. Lembra que o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, permitiu o diferimento do ganho de capital de “A”. Explica que tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005. Diz que, no período de vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, *“surgiu um novo desenho de reestruturação societária, absolutamente artificial, com a geração de ágio interno dentro de um grupo de sociedades sob controle comum (sem qualquer desembolso real), e o aproveitamento antecipado desse ágio mediante incorporação reversa”*.

No dizer da fiscalização *“o registro contábil e a amortização desse ágio são indevidos, por se tratar de ágio gerado internamente, ou seja, dentro de um grupo de sociedades sob controle comum”*. Também diz que *“se estivéssemos diante de verdadeiro ágio, os efeitos fiscais dessa amortização estariam amparados no art. 7º da Lei 9.532/97”*. Em contra-partida, a fiscalização diz que o ganho de “A” é artificial e sem suporte econômico. Por fim, afirma que, no caso concreto, a empresa “C” é uma empresa veículo, cuja característica é *“sua breve existência, com o intuito único de transportar o ágio para torná-lo dedutível para fins fiscais”*.

Em resumo, considerando a situação genérica descrita inicialmente, conforme a fiscalização, se a empresa “C” for do mesmo grupo que a empresa “A”, não é admissível que “C” contabilize o ágio, por ser *“ágio interno”*. Em decorrência, a amortização feita por “B” após a incorporação de “C” deve ser glosada.

Assim, sendo *“ágio interno”*, a fiscalização entende que *“a irregularidade é a utilização de um artifício contábil sem suporte econômico (registro de ágio interno), na tentativa de aplicar o tratamento previsto na legislação para o verdadeiro ágio”*.

Este entendimento é sustentado pelos fiscais com os seguintes argumentos: 1º) segundo Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins, *“à luz da teoria da contabilidade é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico”*, por não haver independência no processo comercial e não acarretar ingresso de novos recursos para o grupo; 2º) o Manual de Contabilidade por Ações da FIPECAFI, o Novo manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI, normas da CVM de 2007, e pronunciamentos recentes do CPC repudiam o reconhecimento do ágio interno; 3º) a operação



não implica em ingresso de recursos, por não haver pagamento, de sorte que é artificial e não há substrato econômico para admitir o ágio; 4º) que a instrução CVM nº 319 de 1999 admite a amortização do ágio, mas ela trata do “autêntico ágio”, que ocorre quando há pagamento efetivo deste ágio.

Como se percebe, a essência da posição sustentada pelo Fisco decorre da proposta de Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins, retratada nas normas da CMV e pronunciamentos do CPC, de que não se deve reconhecer na contabilidade o ágio se a operação for feita dentro do mesmo grupo econômico. Trata-se portanto de um argumento de autoridade. Assim, os fiscais baseiam a autuação no que entendem ser a posição de Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins, indubitavelmente reconhecidas autoridades no campo contábil.

Porém, constata-se que a fiscalização, ao retratar a posição desses respeitáveis autores, registrou apenas parte do que eles defendem. Como se demonstra em seguida, ao contrário do que entendeu a fiscalização, os autores citados afirmam que, mesmo em caso de operações dentro do grupo, para fins fiscais, surge o ágio e ele pode ser amortizado pela empresa “B”. Ou seja, esses especialistas reconhecem expressamente o ganho tributário da operação e a tratam como caso de elisão (planejamento tributário).

Na verdade, as manifestações contrárias ao ágio interno que essas autoridades emitem se referem apenas ao aspecto contábil e não ao aspecto legal-tributário. Ou seja, Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins reconhecem expressamente o ganho tributário, mas não admitem que a contabilidade retrate o ágio nascido de operações entre as empresas do grupo.

Portanto, percebe-se que as afirmações feitas pelos fiscais deturpam a posição dos autores que transcrevem.

O mesmo acontece em relação às transcrições da CVM e CPC. As normas da CVM e pronunciamentos do CPC estão preocupados apenas com a questão contábil, não tendo (e nem poderia ter) qualquer efeito na questão tributária.

Para bem perceber a distinção entre o enfoque contábil da questão e o enfoque tributário, bem como para perceber que as autoridades em contabilidade mencionadas pela própria fiscalização defendem a possibilidade da empresa “B” amortizar o ágio, cabe examinar artigo de Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins.

Tal artigo foi apresentado no 4º congresso USP controladoria e contabilidade 2004 e está disponível na internet (o link <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004>). O título do artigo é “A INCORPORAÇÃO REVERSA COM ÁGIO GERADO INTERNAMENTE: CONSEQÜÊNCIAS DA ELISÃO FISCAL SOBRE A CONTABILIDADE”.

Como se vê, já no próprio título os autores deixam claro que sua preocupação é de cunho contábil e que admitem os efeitos tributários da operação (pois a classificam como caso de elisão). No decorrer do trabalho, os autores demonstram o problema da contabilização do ágio surgido em operação dentro do grupo. Conforme eles, o problema é que não há um ingresso de recursos no grupo.

Sustentam que, se ficar registrado na contabilidade que a empresa “A” teve um ganho, e a empresa “C” adquiriu as ações de “B” com ágio, isso poderá levar a impressão de que o grupo adquiriu uma riqueza nova. Mas, isso não ocorreu na verdade, pois não há recursos aportados por terceiros estranhos ao grupo. Por isso, propugnam formas de contabilizar a operação.



Os autores exteriorizam sua preocupação, informando que essas operações “*foram ativamente praticadas no início do Plano Nacional de Desestatização –PND*” e “*sua motivação é estritamente tributária, na medida em que visa ao melhor aproveitamento econômico do ágio advindo da aquisição de controle*”. Dizem que o artigo aborda a “*modalidade recente de incorporação reversa praticada no mercado: a que toma por base ágio gerado internamente*”. Informam que o trabalho pretende responder as seguintes perguntas: “*Contabilmente, referido evento, do ponto de vista estritamente técnico, é admissível? E do ponto de vista tributário, há previsão legal para sua consecução?*”

Quanto ao aspecto contábil, os autores demonstram e concluem que não é adequado registrar na contabilidade o ganho em “A” e o ágio em “B”. A seguinte passagem ilustra a posição dos autores (grifos não são do original):

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha comercial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço.

Na realidade, já nas demonstrações contábeis individuais esses "lucros" não deveriam ser registrados como tais, e sim diferidos para apropriação ao resultado apenas quando de sua efetiva realização, como ocorre em diversos países. Não faz sentido algum reconhecer, numa boa e sadia contabilidade, o resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade. Isso é, na realidade, geração artificial de resultado. E isso, mesmo no caso dos estoques, por exemplo. Agora, no caso de ativos não destinados à alienação, mais incorreto ainda é, dentro do Princípio da Realização da Receita, a inclusão de tais "lucros" nas demonstrações contábeis.

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

Quanto ao aspecto tributário, os autores introduzem sua resposta com a seguinte pergunta: “*E do ponto de vista tributário, como seria encarada a questão? Haveria óbices para o reconhecimento de ágio gerado internamente? A próxima seção do trabalho dedica-se a dirimir essa e outras questões*”.

Após analisar a legislação, os autores dão a seguinte resposta para a pergunta (grifos não são do original):

Em suma, utilizando o mesmo exemplo, caso "C" seja incorporada por hipótese pela, agora sua controlada, companhia "B", o "lucro" registrado em "A" não será tributado para fins de IRPJ e CSLL. Contudo, o ágio carreado de "C" para "B" será dedutível tanto na apuração do lucro real quanto na base de cálculo da CSLL a ser apurado em "B".



Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do artigo 36 da Lei nº 10.637/02, pelo lado do ente tributante, que permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva.

Do ponto de vista tributário, à luz do artigo 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL mas deixa de tributar "ganho de capital" registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em "sociedade veículo" ou de participação "casca", a ser em seguida incorporada.

Com a incorporação, a sociedade veículo ou de participação "casca" deixa de existir. Como não há intenção de alienar a participação societária que incorpora a "sociedade veículo", tampouco liquidá-la ou baixá-la a qualquer título, posto que através dela o grupo econômico realiza seus negócios sociais, e a incorporação da "sociedade veículo" não constitui realização do ganho de capital (§ 2º da art. 36), a Fazenda Pública, em verdade, poderá jamais tributar dita "receita", ou melhor, haverá uma probabilidade muito remota de fazê-lo.

Uma vez esclarecida a questão da renúncia fiscal, há que serem demonstrados os efeitos tributários da incorporação reversa com ágio criado internamente. O próximo tópico do trabalho presta-se a esse propósito.

Na seqüência, os autores propõem a forma de contabilização que entendem adequada, defendendo que não se admita a contabilização do ativo fiscal surgido em operação dentro do mesmo grupo, para evitar que as companhias brasileiras tenham uma contabilidade manipulável.

A conclusão do trabalho deixa bem claro a posição dos autores e é a seguinte (grifos não são do original):

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno - ágio gerado internamente - dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira.



A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada.

Portanto, como se vê, na verdade Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins admitem e reconhecem, expressamente, os efeitos tributários do ágio gerado internamente. A crítica que fazem, e que certamente inspirou a normatização da CMV e os pronunciamentos do CPC, são apenas de cunho contábil.

Por oportuno, cabe observar que o art. 109 do CTN, impede que se pretenda utilizar princípios do direito privado para definir efeitos tributários. Por isso, se acaso Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins não tivessem admitido expressamente o benefício tributário da operação (como ocorre nas normas da CMV e pronunciamentos CPC), não se poderia extrapolar, da proposta de não reconhecimento do ágio interno para fins contábeis, quais seriam os efeitos tributários da operação em análise. Tais efeitos, são determinados pela legislação tributária, como garante o CTN. Vale a transcrição do art. 109 do CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Como visto, é a legislação tributária que define os efeitos tributários. No caso do ágio, é a legislação tributária (e não orientações de cunho contábil) que define os efeitos da subscrição e integralização que “A” faz em “C” com as ações que tem de “B”, que do ponto de vista de “C” significa a aquisição das ações de “B”.

Neste ponto, a legislação fiscal é bastante clara. Ela disciplina o nascimento do ágio, inclusive definindo o que é o ágio, como deve ser calculado, e seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico).

O dispositivo que trata da questão é o art. 385 do RIR/1999, reprodução do art. 20 do Decreto-lei n 1.598, de 1997, *in verbis* (grifos não são do original):

*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).*

Conforme se vê, o art. 385 do RIR/1999, acima transcrito, define o que é ágio, regra o seu registro e é dele que se infere os pressupostos do ágio. Como se lê, o ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Além disso, conforme a legislação tributária, para fins fiscais, o ágio surge na aquisição de quotas/ações por valor maior que o patrimonial.

Tanto faz que a aquisição decorra de uma compra, ou decorra da aceitação que a subscrição seja feita por entrega de quotas/ações, recebidas por valor acima do valor patrimonial. A aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

Por isso, se a integralização na empresa “C” é feita, pela entrega de quotas da empresa “B”, por valor superior ao valor patrimonial das ações/quotas da empresa “B”, a empresa “C” adquire essas ações/quotas do mesmo modo que as adquiriria se as estivesse comprando. Pretender dizer que só ocorre aquisição se houver a compra da participação é um grave equívoco, baseado em uma alteração arbitrária e sem fundamento do conceito de aquisição. Mais grave é o erro se pretender dizer que tal operação só seja considerada aquisição se “A” e “C” não forem do mesmo grupo econômico.

No que tange ao fundamento econômico, conforme a legislação fiscal, ele decorre das situações previstas no art. 20, § 2º, Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. É também um grave erro confundir fundamento econômico com pagamento. Também está equivocado limitar a existência de fundamento econômico às operações com terceiros estranhos ao grupo econômico.

Pagamento é a contrapartida da compra e venda, uma das formas de aquisição da participação. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. O fato da operação ser entre empresas do grupo não altera a mais valia das ações negociadas.

A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado. No caso presente o fundamento econômico foi rentabilidade



futura avaliada por laudo e esta hipótese está prevista na regra de tributação. Portanto, no caso concreto existe o fundamento econômico do ágio.

Inclusive, é preciso destacar que a avaliação não foi questionada em nenhum momento pela fiscalização.

De fato, apesar da fiscalização alegar a inexistência de fundamento econômico, ela o faz se referendo ausência de pagamento por terceiros, já que a aquisição foi por meio de aceitação das ações/quotas da investida como integralização de capital entre empresas do mesmo grupo. Assim, o Fisco duvida do fundamento econômico, por confundir fundamento econômico com pagamento de terceiro estranho ao grupo, e não faz qualquer esforço para infirmar o laudo que é o instrumento legal que garante o fundamento econômico nos termos exigidos pela legislação fiscal.

É importante frisar que, nos termos da legislação tributária, se acaso se pretendesse sustentar que o valor das ações alienadas (na integralização) não tivessem fundamento econômico, seria preciso atacar os laudos de avaliação. A alegação de que não há fundamento econômico porque inexistente ingresso de recursos no grupo, quando as operações são internas, já que não há um pagamento feito por terceiro estranho ao grupo, é absolutamente estranha à legislação tributária. Do mesmo modo, qualquer alegação de cunho contábil que justifique determinada forma de contabilização, não pode afetar os efeitos tributários previsto nas regras voltadas especificamente para disciplinar a tributação.

Vale destacar que não existe nenhuma restrição na legislação fiscal à operações dentro do grupo, de sorte que a alegação de que operações dentro do grupo não tem fundamento econômico viola a lei.

De qualquer modo, fica evidenciado os equívocos teóricos constante da autuação: 1º) limitar o conceito de aquisição ao de compra; 2º) confundir fundamento econômico do ágio com pagamento de compra ou entrega de ações, por terceiros estranhos ao grupo. Sem mencionar a pretensão de impor para fins fiscais percepções de cunho exclusivamente contábil.

Por meio desses enganos e da leitura incompleta de autoridades da área contábil, a fiscalização criou uma falsa distinção entre um *ágio autêntico*, que desfruta do amparo dos arts. 7ª e 8ª da lei nº 9.532, de 1997, e um *ágio artificial*, que deixaria de ser alcançado pelos dispositivos citados. Mas, como se vê essa distinção não existe para fins fiscais, nem é admitida pela legislação, e sequer é aceita pelos autores citados no que tange à tributação.

Mas, ainda falta tratar de outro ponto que pode ser alegado para sustentar a autuação (embora não conste do auto de infração). Trata-se da argumentação de que na operação em tela existe abuso de direito e que isso poderia afastar a legalidade da operação.

Ora, não existe na legislação tributária nacional a previsão de lançamento de ofício com base no afastamento de lei por entender que houve abuso de direito. Ao contrário, o lançamento se rege pelo princípio da estrita legalidade e é atividade vinculada à lei. Ademais, não tem o Executivo o poder de afastar a lei, mas sim de executá-la. Portanto, não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito.



Além disso o parágrafo único do art. 116 do CTN, que talvez pudesse ser alegado em favor da tese de abuso de direito, ainda não foi regulado por lei. Portanto, não estaria aí o fundamento para o Fisco pretender afastar a Lei alegando que houve abuso de direito.

Enfim, o conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. No entanto, não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. Ao contrário, o lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

Por fim, cabe comentar sobre a expressão “*artificial*” presente na autuação. De fato, ao parafrasear Jorge Vieira da Costa Júnior e Eliseu Martins, os fiscais dizem que o ágio interno é “*artificial*” ou que se trata de um “*artifício contábil*”. Por isso é preciso pesquisar o sentido desta expressão, para poder compreender o que os agentes fiscais pretendem ao usá-la como arremate da acusação.

O único sentido que se pode atribuir à essas menções (*ágio artificial ou artifício contábil*) é que a operação toda é feita intencionalmente para obter o resultado final, que é a amortização do ágio em “B”. Porém, se assim o é, novamente a fiscalização está equivocada ao pretender reprimir uma conduta legítima e respaldada pela legislação, ao argumento que a conduta é intencional.

Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos. Inclusive, é de se esperar que as pessoas façam isso, sendo recriminável exatamente a conduta oposta. A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação), mas isso não ocorreu no caso concreto.

Quando uma pessoa física escolhe declarar pelo modelo completo ou pelo simplificado, visando reduzir sua carga tributária, está agindo racional e lícitamente. Sua conduta é *artificial*, mas é admitida. O mesmo ocorre com dois profissionais que se organizam como empresa para reduzir a carga tributária que teriam como pessoas físicas autônomas.

Enfim, desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (*artificial*), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental.

No caso em concreto, o contribuinte argumenta que a operação que redundou no aproveitamento do ágio interno fazia parte de uma reorganização societária e, por isso, não seria *artificial*. Mas, mesmo que tivesse sido especificamente intencional, estaria no campo do planejamento tributário (*elisão*) e não da evasão ou erro.

Como dito acima, a noção de abuso de direito não pode ser aplicada pelos agentes do Fisco. Ademais, vale destacar que a previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais. Por isso, não é admissível lançamentos fiscais feitos com evidente violação da legislação tributária.



Por estas razões, voto por dar provimento ao recurso, para cancelar a glosa das amortizações.

Sala de Sessões, 11 de abril de 2012.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro