



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

Processo nº 16682.720271/2011-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.434 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ/CSLL. GLOSA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente GERDAU AÇOS LONGOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 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.

DECORRÊNCIA - CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, o decidido em relação ao processo principal (IRPJ) aplica-se, no que couber, à CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier e Valmir Sandri. O Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior acompanhou o relator pelas conclusões. Ausente, momentaneamente o Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, presente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado). O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães presidiu a 2ª parte do julgamento.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (primeira parte), Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado para a segunda parte do julgamento).

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto o relatório da decisão recorrida.

O presente processo trata de operações societárias que culminaram na geração de ágio em função da pretensa aquisição de investimento em controlada por valor superior ao patrimonial. Esse ágio, após a reorganização societária que mais adiante será esmiuçada, foi amortizado e reduziu a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL apurados pelo interessado nos anos calendário de 2006 a 2010. 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.

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/acoesestruturasocietaria.aspx?language=ptBR>](http://www.gerdau.com/investidores/acoesestruturasocietaria.aspx?language=ptBR)).

As duas sociedades antes referidas têm 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 detida junto à Açominas. Confira-se os termos (<http://v3.gerdau.foinvest.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.foinvest.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 assembleias 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. 79 a 112 dos autos – 4 a 12/34 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.foinvest.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. Confira-se os termos da norma que pautou o procedimento do contribuinte, dando especial atenção ao § 2º do art. 36:

“Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.”

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

“O ganho foi contabilizado na conta 370030 (Ganhos Alien Invest), em 29/12/2004. No Relatório de Administração da Gerdau S/A (fl. 238) 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. 215.”

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. 79 a 112 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”)**. 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. 79 a 112 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 a 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. 79 a 112 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. 113 a 156 dos autos – 3 a 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. Confira-se os termos do art. 6º antes referido:

“Art. 6º O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil;

II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público; e

III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro.

§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a. constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b. registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c. reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d. apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo

circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.”

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% págs. 7 e 8 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. 79 a 112 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 consequências 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:

“Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas

as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;”

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 subsequentes, 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:

“6. A pessoa jurídica resultante de fusão ou cisão, a que incorporar outra e a que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida, deverá manter registros de controle dos valores cuja apropriação tiver sido diferida e que devam influenciar a determinação do lucro real de exercício futuro, observadas as normas da IN/SRF nº 28, de 13 de junho de 1978, e desta Instrução Normativa.”

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 da folha 207 dos autos). 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 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:

Do Decreto-lei nº 1.598, 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 1.

§ 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.”(grifou-se)

Da Lei nº 9.532, 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 de que lhe deu causa;

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

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

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

...

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.**”(grifou-se)

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., Gerdau Aços Longos S.A. (a interessada no presente processo), Gerdau América do Sul Participações S.A. e Gerdau Comercial de Aços S.A..

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

Em **15 de abril de 2005**, foi constituída a sociedade Gerdau Aços Longos S.A., tendo sido subscrito e integralizado o capital social, no montante total de R\$ 10.000,00, pelos seguintes sócios: R\$ 9.900,00 (99%) por Gerdau Açominas S.A. e R\$ 100,00 (1%) por Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda. (documento das fls. 40 a 73 dos autos – 1 a 9/34 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. 113 a 156 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. 157 a 188 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. 113 a 156 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, como segue:

...

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;”

A interessada (Gerdau Aços Longos S.A.) iria incorporar, portanto, acervo **consubstanciado em bens, direitos e obrigações vinculados à atividade de aços longos,**

equivalentes ao valor contábil de R\$ 2.207.849.217,93. 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. 113 a 156 dos autos – 15 e 16/44 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. 157 a 188 dos autos – 6 a 22/32 do documento eletrônico – em especial item 9).

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. 157 a 188 dos autos – 23 a 25/32 do documento eletrônico) e à parcela cindida incorporada ao patrimônio da Gerdau Aços Longos S.A. (documento das fls. 157 a 188 dos autos – 26 e 27/32 do documento eletrônico).

Quanto ao ágio, o objeto da presente autuação, repriso o trecho pertinente do “Relatório da Ação Fiscal” (documento das fls. 1.394 e 1.134):

“Conforme o Laudo (fl. 183), a Gerdau Aços Longos recebeu o valor de R\$ 4.958.885.261,29 referente à “perda de capital diferida” (que representa parcela do ágio herdado pela Gerdau Açominas quando incorporou a Gerdau Participações) e R\$ 3.272.864.272,44 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 Longos como “Reserva de ágio IN CVM 349” (R\$ 1.686.020.988,85).

Na contabilidade da Gerdau Aços Longos os valores registrados sofreram um ajuste, pois na realidade os saldos transferidos que passaram a ser amortizados foram, respectivamente, R\$ 4.916.860.809,92 (conta 180140 – “Diferido – Perda por Incorp. Gerdau Participaç”) e R\$ 3.245.128.134,54 (conta 180145 – “Diferido – Prov. Ajuste Perda p/ Incorporação). Isso 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 Longos passou a amortizar a perda num prazo de 117 meses, pois já havia ocorrido a amortização de três meses na cindida. Nos dois primeiros meses contabilizou a amortização diretamente nas contas 180140 e 180145. A partir de out/2005 passou a utilizar contas retificadoras (185140 e 185145).

No período fiscalizado foram utilizadas as duas contas retificadoras (cta. 185140 “(-) Amortizações – Ágio s/Perda por Incorp. GP” e cta. 185141 “(-) Amortizações – Prov Ajuste Perda p/ Incorp”) e a contrapartida, tanto da amortização quanto da reversão da provisão, se deu na conta 485060 – “Desp. Não Oper – Amortização de Diferido” (fls. 08 a 37).

Isso acarretou uma despesa não operacional mensal de amortização de R\$ 42.024.451,37 e uma receita mensal de reversão de provisão de R\$ 27.736.137,90. De forma concomitante, a fiscalizada passou a excluir da apuração do lucro real o valor da reversão da provisão, que estava controlado na Parte B do Lalur (fls.932 a 1238).

O efeito total foi uma redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de aproximadamente R\$ 42.024.451,00 ao mês.”

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:

“6. A pessoa jurídica resultante da fusão ou cisão, a que incorporar outra e a que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida, deverá manter registros de controle dos valores cuja apropriação tiver sido diferida e que devam influenciar a determinação do lucro real de exercício futuro, observadas as normas da IN/SRF nº 28, de 13 de junho de 1978, e dessa Instrução Normativa.

6.1. Os valores de que trata este item serão registrados na pessoa jurídica sucessora proporcionalmente à absorção do empreendimento, bens, direitos, encargos ou obrigações de que se originarem ou a que estiverem vinculados, ou segundo a divisão do patrimônio prevista no ato de cisão, se não houver essa vinculação.”

O Fisco glosou as reduções mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, acima referidas, avaliadas em R\$ 42.024.451,00 por mês, 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). As deduções tidas por indevidas, objeto do presente lançamento, são aquelas efetuadas de 2006 a 2010.

Segundo aponta a Fiscalização, o ágio seria um valor extra gasto pelo adquirente na aquisição de um investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial.

Fundamental para a caracterização do ágio seria a realização da operação mediante o encontro de vontades independentes, de tal sorte que o “preço reflita o valor real do investimento, baseado em fundamentos econômicos que demonstrem não estar plenamente representado na contabilidade da investida o seu valor justo” (fl. 1.406). No caso dos autos, a “operação não redundou em ingresso de recursos novos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro” (fl. 1.407).

A equipe fiscal buscou subsídios na doutrina. Repriso:

Segundo Jorge Vieira da Costa Jr. E Eliseu Martins, 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.” (fls. 1.406 e 1.407).

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.

O trabalho fiscal, então, retoma as lições doutrinárias, aborda a posição da CVM sobre o tema e conclui pela insubsistência dos efeitos fiscais da amortização ora contestada nos seguintes termos:

“O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela FIEPACAFI (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”.

No novo Manual de Contabilidade das Societária da Fiepecafi, 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 OfícioCircular 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, 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.

(...)

Não se pode extrair nem do art.36 da Lei 10.673/02, 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 o 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 controlada. 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 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.(grifo nosso)”

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 nº 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:

“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” 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) 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 ser a 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 conseqüente 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 do cálculo de IRPJ e CSLL da fiscalizada, decorrentes da amortização do suposto ágio herdado na cisão da Gerdau Açominas, 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.”(fls. 1.407 a 1.411).

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\$ 42.024.451,00 por mês, efetuadas nos anos calendário de 2006 a 2010. Como no 4º trimestre de 2008 as reduções tidas por indevidas acarretaram a apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, o Fisco considerou irregulares, também, as compensações desses valores. O valor exigido a título de IRPJ montou R\$ 552.779.782,35, enquanto a exigência a título de CSLL atingiu o valor de R\$ 204.238.833,69. Esses valores, acrescidos de multa de ofício (75%) e dos juros de mora, somaram R\$ 1.534.501.063,63 na data da autuação.

Os autos de infração foram **cientificados** ao contribuinte em **11 de março de 2011** (documento das fls. 1.316 a 1.383 dos autos – 24 e 41/68 do documento eletrônico).

Em **25 de março de 2011**, o contribuinte apresentou a sua **impugnação** ao lançamento (documento das fls. 1.424 a 1.471 dos autos – 1/48 do documento eletrônico).

O impugnante, ao abrir sua contestação, fez uma suma da sua irresignação nos seguintes termos (fl. 1.428):

“Os lançamentos, contudo, não merecem prosperar, eis que o ágio, apesar de dito interno na autuação, 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.”.

Ressalta que os Auditores Fiscais não contestaram a reorganização societária efetuada, que teria sido realizada consoante a legislação vigente.

Entende o contribuinte que a Fiscalização tentou desconsiderar o ágio mediante aplicação de Ofício Circular da CVM de forma retroativa e ilegal.

Discorda da utilização, pelos agentes do Fisco, da expressão “Grupo Gerdau”, porquanto as sociedades envolvidas na reorganização societária objeto do presente processo “não integram qualquer Grupo de Sociedades nos termos dos artigos 265 a 277 da Lei das Sociedades Anônimas, inexistindo “convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”, de qualquer forma, então, conservando “personalidade e patrimônio distintos”.

Salienta as premissas e os resultados apontados nos laudos de avaliação econômica das participações societárias, que deram azo ao ágio. Enaltece que os Auditores Fiscais tinham pleno conhecimento dos trabalhos de avaliação antes referidos e que, em momento algum, contestaram a sua veracidade.

Após relatar a operação societária que redundou no aumento de capital da Gerdau Participações S.A., momento no qual houve a geração de ágio, aponta a existência de ganho de capital na operação por parte da Gerdau S.A. e o diferimento dos tributos incidentes sobre o referido ganho. Nesse ponto, ressalta que a Fiscalização atestou o acerto do procedimento, colhendo o seguinte trecho do “Relatório da Ação Fiscal”:

“A tributação [do ganho de capital] foi diferida com base no art.36 da Lei 10.637/2002, conforme resposta à intimação na fl. 215.”

Indica, após, que os agentes do Fisco também tinham conhecimento da subscrição e integralização de capital da Gerdau Participações S.A. pelo Banco Itaú BBA S.A..

Nessa operação, o subscritor “sujeitou-se ao ônus da mais valia”, consubstanciado no ágio.

Mais adiante, relata a incorporação da Gerdau Participações S.A. pela Gerdau Açominas S.A. e refere que a incorporadora passou a amortizar o ágio anteriormente registrado na incorporada, reduzindo o encargo tributário da incorporadora. Novamente entende que os Auditores Fiscais atestam a correção do procedimento, reprisando o seguinte trecho do “Relatório da Ação Fiscal” (em nota de rodapé):

“Se estivéssemos diante de verdadeiro ágio, os efeitos fiscais dessa amortização estariam amparados no art. 7º da Lei 9.532/97.”

Após relatar a cisão da Gerdau Açominas S.A., indica os registros contábeis e os efeitos do ágio relativamente à Gerdau Aços Longos S.A. Dá destaque, nesse passo, ao seguinte trecho do trabalho fiscal:

“(…) que as operações envolvem 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.”

Diante disso, assevera o impugnante:

“Incontestável, do transcrito, além do todo mais que consta no Relatório da Ação Fiscal, que, em nenhum momento, a Fiscalização logrou demonstrar que não houve a geração do ágio, tampouco que este não teve qualquer fundamento econômico e, como tal, reflexos econômicos, contábeis e fiscais nas diversas operações da reorganização societária.”

Enaltece, então, que a motivação do ato administrativo repousa sobre a geração de um ágio “interno em grupo societário”, que não teria “suporte econômico”.

Segundo o impugnante, a equipe fiscal teria “deixado de lado o que afirmaram em toda a extensão de seu Relatório da Ação Fiscal, bem como relevando a impositiva prova necessária e suficiente à alegada carência de fundamento econômico”. Por tal motivo, a improcedência dos autos de infração seria uma consequência lógica. Referiu jurisprudência administrativa.

Não bastasse isso, o impugnante aponta a existência concomitante do ágio e do ganho de capital, ambos decorrentes da valorização das participações societárias. A legislação que os prevê não conteria condição à sua aplicação. Os Auditores Fiscais teriam reconhecido a existência do ganho de capital, cuja tributação foi diferida. Assim, se houve fundamento econômico para a geração do ganho de capital, deve haver, também, fundamento econômico para a geração do ágio. Afirmar um e negar o outro seria grande inconsistência.

Referiu, mais uma vez, jurisprudência administrativa.

Reclama, por outro lado, de desrespeito ao princípio da estrita legalidade, retomando os termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Defende que a referida norma se destina a qualquer pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio de outra nas condições que fixa. A norma não afastaria pessoas jurídicas participantes de grupo econômico, seja de fato, seja de direito. Inexistiriam, também, outras normas que limitassem a abrangência antes defendida. Apontou, em seu favor, a participação do Banco Itaú BBA S.A. na reorganização societária analisada.

Retoma os termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, para demonstrar que o ágio referido pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, pode contemplar operações societárias levadas a efeito por sociedades coligadas e controladas, ou seja, dentro de um mesmo grupo societário. A restrição fiscal, portanto, não teria sentido.

Nesse passo, arremata com trecho colhido de voto proferido em julgamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais (processo administrativo nº 13603.000382/8678), assim redigido:

“Se, no entender dos Auditores Fiscais, “a lei foi mal elaborada, como não é raro, infelizmente, no âmbito da legislação tributária, (...) não se pode consertá-la com soluções de circunstância.”

Lastreado em doutrina, o impugnante defende a interpretação das normas não só de forma restritiva, mas, também, teleológica, ou seja, de sorte a valorizar os fins almejados pelo legislador. Aponta a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Repugna, por outro lado, a atuação do aplicador da norma como legislador positivo, que cria hipóteses legais onde essas não existem. Sustenta que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal pode atuar dessa forma. Apresenta julgado da Corte Suprema nesse sentido.

Retoma o limite da estrita legalidade, sob os ângulos da exigência de lei para a lícita imposição tributária e do respeito à hierarquia das normas jurídicas. Defende a invalidade de atos normativos expedidos por autoridades públicas que “restringem, alteram ou extrapolam o próprio texto legal que os originou”. Apresenta doutrina.

Expostas as premissas acima, arremata:

“Presente o princípio constitucional da legalidade estrita, como limitador ao poder de tributar, e “ao qual corresponde o princípio da tipicidade”, inadmissível qualquer restrição infralegal do invocado direito de geração e dedutibilidade do ágio, menos ainda restrição decorrente de interpretação, como estão a pretender os r. Auditores Fiscais nos lançamentos rechaçados usando uma interpretação inserida em mero Ofício Circular da Comissão de Valores Mobiliários que, inafastável, não se enquadra na categoria de lei, e o que é mais grave, mero Ofício Circular de 14/02/2007, assim como os meros pronunciamentos técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis 15 e 04, ou seja, de forma retroativa a operações de reorganização societária realizadas entre dezembro de 2004 a junho de 2005, que inovam as regras inseridas no art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao tentar aplicá-las a ágio gerado em operações com pessoas jurídicas, exclusivamente, não ligadas.”

Defende, ainda, que o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis careceriam de validade jurídica, porquanto deveriam ter se adstringido aos termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 2007, “explicitando-a ou complementando-a”, mas nunca inovando-a.

Sustenta, também, que a atividade fiscalizadora tributária há de se pautar pelos limites fixados em lei.

Caso houvesse uma lei interpretativa, a interpretação restaria circunscrita aos termos da lei interpretada, restando inviável qualquer inovação. Salienta, também, que a retroação da lei, nunca de um ofício circular ou pronunciamento, é uma exceção à regra geral da irretroatividade. Louva-se em jurisprudência.

O impugnante dá relevo à inexistência de ilegalidade no seu agir, tanto no que diz respeito à reorganização societária quanto à geração do ágio. Destaca que os atos jurídicos praticados estariam de acordo com a legislação tributária aplicável e vigente à época.

Assim, sem procedência a desconsideração levada a efeito pelo Fisco.

Além da questão da estrita legalidade, o impugnante escuda-se do lançamento evocando o princípio da verdade material. Entende o contribuinte que o ágio materialmente se concretizou. Defende que o laudo de avaliação é real e efetivo, motivo pelo qual os procedimentos contábeis e fiscais adotados são lícitos. Aponta a documentação constante dos autos e o relatório dos Auditores Fiscais como prova inequívoca de que o ágio tem conteúdo econômico para surtir os efeitos contábeis e fiscais registrados pelo impugnante.

Diante das razões de defesa apresentas, o contribuinte requer a desconstituição dos lançamentos, uma vez que o ágio seria efetivo. Isso teria restado confirmado tanto pelo laudo de avaliação, quanto pelo aporte de capital à sociedade efetivado por terceiros em valores consoante avaliação. Além disso, a operação teria sido efetivada em perfeita observância da legislação tributária, não contendo qualquer vício.

Por derradeiro, consta da petição do contribuinte solicitação no sentido de que as intimações realizadas no curso do presente processo sejam, sempre e necessariamente, efetuadas em nome da procuradora, em seu endereço profissional.

A autoridade julgadora de primeira instância (DRJ de PORTO ALEGRE/RS) decidiu a matéria por meio do Acórdão 10-31.398, de 12/05/2011 (fls. 1488/1521), julgando a impugnação improcedente e mantendo o crédito tributário como exigido, tendo sido prolatada a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Anos calendário: 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.

É o relatório.

Passo ao voto.

Voto

Conselheiro Relator Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Vê-se do extenso e minucioso relatório que a lide dos presentes autos, trata de ação fiscal da qual decorreu lavratura do auto de infração de IRPJ no valor de R\$ 1.121.000.320,10 e da CSLL no valor de R\$ 413.500.743,53 (incluídos juros calculado até 28/02/2011 e MO de 75%), cujos motivos encontram-se sintetizados pela própria autuada no recurso apresentado, a seguir resumido:

“A Recorrente recebeu ágio em transferência ocorrida na sequência de operações de reorganização societária de empresas, controladas e controladoras, noticiada pelos Auditores-Fiscais no Relatório da Ação Fiscal e não só reprisada no Acórdão, como nele ainda "esmiuçada" e acrescida de outros fatos e opiniões naquele completamente inexistentes. Então, no bem lançado resumo dos Auditores-Fiscais, eis a questão:

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.”

Na peça recursal os temas se repetem ao da fase inicial (impugnação), aduzindo com relação ao Acórdão condutor ora recorrido que:

Entretanto, em que pesem os argumentos postos, verifica-se que o Acórdão não merece prosperar porque, como se disse, os artigos 7.º e 8.º 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. Sem dúvida, em nenhum momento esta legislação vedou a geração de ágio em operações entre sociedades, de uma forma ou de outra, ligadas, assim como, em nenhum momento, esta legislação vedou as despesas de amortização deste ágio, de modo 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, exposto à extensão da impugnação e a seguir reiterado.

Analisaremos os tópicos na mesma sequência conforme abordados no recurso apresentado.

Ressalte-se, de início, que a verdadeira causa da autuação diz respeito a não ocorrência dos pressupostos legais para formação do ágio cujas despesas foram deduzidas pela recorrente.

Nesse passo, destaco a acusação fiscal reprisando-a em letras maiúsculas: **“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”** (do Relatório de Ação Fiscal).

Importante o destaque acima, visto que, doutrinariamente nos defrontamos com as mais variadas formas de planejamentos tributários tendo por objetivo a geração de despesas de ágio. A jurisprudência administrativa tem se firmado no sentido de apontar outras condições para fins de admissibilidade da dedução das despesas em referência. Com isso, procura afastar, no âmbito estritamente tributário, aquelas em que o ágio “nasce” por meio de artificialismos, como é o caso do denominado ágio de si mesmo (ágio interno).

Nesse diapasão, têm sido relevantes os aspectos relacionados à ausência de relação entre as partes envolvidas e à existência de propósito negocial; a efetiva existência de ônus na aquisição da participação societária; a ausência de introdução de empresas de passagem (empresas-veículo); etc.

Em sua defesa argüi a ora recorrente como “Razões de Reforma do Acórdão” que *“Após reprisar os elementos que serviram de motivação para o lançamento, na sua ótica, o douto Relator “busca identificar se o ágio é falso ou verdadeiro” e, seguido por seus pares, confirma o entendimento dos Auditores-Fiscais de que o ágio recebido pela Recorrente é artificial e inválido para que seu aproveitamento gere efeitos na apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), na essência, sustentando (por primeiro) 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. Por segundo argumento no qual se sustenta o douto Relator, qual seja, “Do negócio entre partes relacionadas” e, por terceiro e ultimo argumento “A questão litigiosa colocada em debate gira em torno da aplicação da norma veiculada por meio dos arts. 7º. e 8º. da Lei n. 9.532, de 1997”.*

Importa, por pertinente, uma breve síntese da cadeia das operações societárias efetuadas pela ora recorrente e objeto da geração do ágio que se discute.

É certo que a contribuinte recebeu ágio em transferência ocorrida na sequência de operações de reorganização societária de empresas, controladas e controladoras.

Decorre daí a autuação segundo a qual a autoridade fiscal questiona o registro contábil e a amortização deste ágio, com os fundamentos de se tratar de ágio gerado artificialmente com a única finalidade de economia tributária, conforme bem descrito no Tópico 2 do Relatório da Ação Fiscal, fls. 03 e segs.)

Em breve síntese, traçarei as operações envolvendo as sociedades Gerdau S.A., Siderúrgica Riograndense S.A. (alterada para Gerdau Participações S.A., Gerdau Açominas S.A. e Gerdau Aços Longos S.A.

Em 2001, a Gerdau S/A adquiriu participação relevante na Aço Minas Gerais S/A. Essa participação foi aumentada em 2002, seguida de uma reestruturação, em 2003, quando foram transferidas para a Açominas as operações de siderurgia e ativos

complementares da Gerdau S/A. Após essa reestruturação a sociedade passou a denominar-se Gerdau Açominas S/A.

Em dezembro de 2004, foi iniciada reorganização societária no grupo Gerdau. O primeiro passo foi a “reativação”, já que se encontrava praticamente inoperante da Siderúrgica Riograndense S/A. Assim, a Siderúrgica Riograndense S/A., em 29/12/2004, alterou sua denominação para Gerdau Participações S/A, e teve seu capital social aumentado de R\$ 422.360,00 para R\$ 15.227.078.630,00.

O aumento de capital efetivou-se em 29/12/2004 com a subscrição e integralização de ações, pela Gerdau S/A., que alcançou a cifra de R\$ 15.226.656.270,00. Para tanto, a Gerdau S/A. utilizou-se de sua participação na Gerdau Açominas S/A. e na Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. A participação da Gerdau S/A. nestas duas empresas fora objeto de Laudo de Avaliação Econômica realizada em 22/12/2004, e fundamentou-se na expectativa de rentabilidade futura.

Note-se que não houve tributação de ganho de capital na Gerdau S/A., relativo à diferença entre o valor de integralização e o valor apontado na sua escrituração contábil, das participações societárias incorporadas ao patrimônio da Gerdau Participações S/A.. Isso em função da disposição constante do art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que permitiria o diferimento da tributação neste casos.

Em 28 de abril de 2005, a Gerdau S/A., a Gerdau Participações S/A. e a Gerdau Açominas S/A. firmaram “Protocolo de Intenções” pactuando a futura incorporação da Gerdau Participações S/A pela Gerdau Açominas S/A, que iria se efetivar no dia 09 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 06 de maio de 2005, considerando a repercussão desse aumento sobre a operação de incorporação que seria efetivada mais adiante, em 09 de maio de 2005 (item I do “Protocolo de Intenções”).

A cadeia mostra-se definitivamente estruturada, de modo que seus objetivos são definidos desde o início da operação.

Com efeito, em 09 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, 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.

Concluídas tais operações, a incorporadora, Gerdau Açominas S/A, passou a amortizar o ágio registrado no LALUR da incorporada, Gerdau Participações S/A, à razão de 1/120 ao mês (quanto a esta amortização, sua discussão tem sede no Processo 10680.724392/2010-28).

Três meses após a incorporação, a Gerdau Açominas S/A foi objeto de cisão, processo através do qual parte do patrimônio da sociedade foi vertido ao capital de quatro novas sociedades: Gerdau Aços Especiais S/A, Gerdau Aços Longos S/A, Gerdau América do Sul Participações S/A e Gerdau Comercial de Aços S/A (existem lançamentos fiscais em processo autônomos 16682.720271/2011-54 (ora em análise); 11080.723701/2010-74 e 11080.723702/2010-19).

Pois bem. No caso em análise, alinho-me aos que entendem que partindo da premissa de que o ágio se caracteriza pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição, há que se verificar, no contexto das operações realizadas, se na operação societária conforme descrita, efetivamente houve pagamento/desembolso pela aquisição das ações/quotas sociais que gerou o ágio; e/ou se efetivamente houve alienação ou aquisição de controle societário para o caso como descrito, onde o controle da Gerdau Açominas S/A foi mantido pelo mesmo titular, embora não mais de forma direta, e sim indireta.

No meu entendimento para que o ágio seja caracterizado faz-se necessário o desembolso, em moeda ou bens que o represente, pela empresa investidora. A transferência de ações da empresa investidora para a empresa investida e posterior incorporação desta pela primeira, sem que a incorporadora nada tenha desembolsado, não materializa pagamento a maior, que é elemento essencial à caracterização do ágio. Não há geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. No caso como descrito entendo se tratar de mera reavaliação de participações societárias.

Para dedução do ágio como despesa em empresa que adquire participação societária, são necessários mais do que registros contábeis e atos contratuais formalmente perfeitos. É imprescindível a materialidade do ágio. Não se concebe como despesa dedutível o ágio decorrente de atos societários ou reorganizações empresariais onde quem se beneficia, repito, nada desembolsou, quer seja em espécie quer seja em bens representativos de valor econômico, no caso, se tratou de mais valia de si próprio.

Com relação a empresa Gerdau Participações S/A fica claro, da leitura dos autos, que esta serviu de mero veículo para a transferência de (suposto) ágio criado com base em mais valia do patrimônio da própria interessada, isso é o que demonstram os diversos indícios já apontados acima, mormente o fato de ter ela se mantido na inatividade durante anos, conforme apurado pela Fiscalização. Há de se perguntar, que resultado esperar de uma sociedade inoperante há anos e que, após vultosa operação, é extinta por incorporação? Evidente que a pretensão foi exclusivamente de economia tributária, portanto, desprovido de qualquer substância econômica ou propósito negocial.

Neste ponto, alega a recorrente ter havido “*efeitos societários, financeiros, patrimoniais e fiscais*” nas operações envolvendo a Gerdau Participações S/A. Isso porque, continua ela, somente com a utilização daquela sociedade é que teria sido possível aos 4 mil acionista da Gerdau Açominas S/A participar de negócios siderúrgicos do Grupo Gerdau, bem como, só assim, teria sido possível o aporte de R\$ 550 milhões pelo Banco Itaú BBA S/A.

Em primeiro lugar, o aporte feito pelo Banco Itaú não representou pagamento de ágio, como bem esclarece a seguinte passagem da decisão de Primeira Instância: 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. 79 a 112 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.

Enfim, como bem relatado na ação fiscal, não há qualquer suporte na teoria da contabilidade ou nas normas societárias e fiscais para o reconhecimento de ágio na seqüência de operações praticadas pelo Grupo Gerdau.

Do caso, em uma primeira análise, os procedimentos adotados pela Recorrente revelam-se em conformidade com a lei. Entretanto, ao analisarmos os fatos que lhes

serviram de suporte, ficam evidenciados fatores que levam à convicção acerca do artificialismo na geração da despesa com amortização de ágio. Pois, o ágio interno (denominado de ágio de si mesmo) teve origem em uma construção contábil, que decorreu da interposição da Gerdau Participações 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 SA.

Com efeito, repito, um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível.

Destarte, ao meu ver, outra não poderia ser a conclusão a que chegou a Fiscalização, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almejou beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente na aquisição de investimento.

No mais, deixar claro que, em diversas questões deste meu voto, valho-me dos fundamentos expendidos no processo administrativo 10680.724392/2010-28, Acórdão 1101-00.708, de 11/04/2012, da I. Conselheira Edeli Pereira Bessa, a qual peço vênica, para, a meu modo, abordar as razões de decidir, cujas conclusões alinho-me por bem definirem a melhor interpretação da matéria debatida, ressaltando que o citado acórdão paradigma teve como suporte os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos destes autos, por tratar-se de operação do mesmo grupo econômico (“Grupo Gerdau”).

Nesta ordem, reproduzo texto do voto do Acórdão (1101-00.708) acima citado como paradigma:

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.

[...]

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.

Dai 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.

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 Itau 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."

Da leitura do excerto transcrito, entendo que para ser considerada despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem, concomitantemente, um propósito negocial, compreendido este como a razão negocial para adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho. É o que decorre da lei.

No caso em análise as autoridades fiscais consideraram equivocado o tratamento contábil e fiscal dado aos atos societários, que colimaram obter lastro no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, e no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. Concluíram que o enquadramento legal intentado pelo contribuinte foi artificial quanto à geração e ao aproveitamento do ágio. As provas dos autos corroboram a acusação fiscal. O objetivo do trabalho fiscal foi justamente o de defender a lei, afastando os benefícios fiscais daqueles que se posicionaram artificialmente diante dela.

Não há, portanto, qualquer desrespeito ao princípio da legalidade ou inovação. Pelo contrário, há a defesa da lei, conforme afirmado no voto combatido.

Valho-me, mais uma vez, dos fundamentos da Conselheira Edeli ao reproduzir texto do seu voto referente sua dicção a leitura dos arts. 7º. e 8º. da Lei 9.532, de 1997:

*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:

[...]

*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.*

[...]

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 auferir 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 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.

[...]

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.

Retornando ao meu voto, observo que, na realidade o fato é que a autoridade fiscal fundamentou suas conclusões tanto na teoria da contabilidade quanto nas normas fiscais. Sob o primeiro fundamento, buscou suporte na doutrina contábil com base em pronunciamentos da CVM, bem como pronunciamento técnico do CPC (Comitê de Pronunciamento Contábil).

E aqui não se trata de dizer simplesmente que a CVM repudia, “não gosta” deste tipo de ágio.

Na realidade tudo tem a ver com o conceito de contabilidade, da qual uma das suas ramificações a contabilidade tributária deve demonstrar a situação do patrimônio e o resultado do exercício, de forma clara e precisa, rigorosamente de acordo com os conceitos, princípios e normas básicas de contabilidade. O resultado apurado deve ser economicamente exato, baseados em fatos reais, nunca baseados em artificialismos.

É certo que no Brasil a apuração dos resultados se dá individualmente, empresa por empresa, contudo, no contexto da contabilidade tributária, o que vale para os sócios é o lucro como um todo. Logo, nasce, daí o artificialismo contábil na geração de despesa do ágio entre empresas do mesmo grupo.

Por oportuno aqui, importa reproduzir trechos do voto vencedor do Ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Acórdão 1302-001.108, Sessão de 11/06/2013), que bem define a matéria.

Ora, o art. 20 do DL. 1598/77 define a existência de ágio ou deságio como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Deste conceito emanam duas grandezas a serem determinadas com vistas à apuração da existência de ágio (ou deságio). A primeira é o custo de aquisição e a segunda é o valor do patrimônio líquido. Quanto a este último não há dúvidas de que se trata do valor patrimonial da empresa investida na data do investimento. Quanto à primeira é que surgem controvérsias quando se trata de operações societárias realizadas internamente num grupo econômico: qual é o custo de aquisição?

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução 750/93¹, que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º:

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único – Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

[...]

(grifo nosso)

Fundada nesses princípios a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP 01/2007 condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, ou seja, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum, *in verbis*:

"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 prego 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).*

Resta evidente a convergência Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 com o princípio emanado do CFC quando se trata da definição do custo de aquisição de um componente patrimonial.

Não obstante, respeitáveis vozes têm se insurgido contra a invocação desta norma da CVM para fins de interpretação da lei tributária, alegando que a mesma não teria o condão de modificar os conceitos legais do ágio ou mesmo ser utilizada

na interpretação da legislação tributária, pois abrigaria conceitos de caráter meramente econômicos ou contábeis.

Com a devida vênia aos que assim pensam, entendo que a nota da CVM apenas proclama o óbvio, seja em termos jurídicos, contábeis ou econômicos, deixando nua a falta de substância das operações societárias realizadas com o único intuito de gerar ágios artificialmente, unicamente com vistas à redução da carga tributária, situação não amparada pela lei, conforme já examinamos. Ora, se não há a criação de riqueza nova, como se justificaria a existência de um ágio? Afinal, qual a finalidade da lei tributária (do imposto de renda, em especial), senão estabelecer a carga tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte?

No voto que restou vencido, no Acórdão nº 1101-00.708, a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, cita o exame do conceito de ágio pela doutrina contábil, *in verbis*:

“[...]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**, referencialmente 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 Destigio

(...)

c) ÁGIO FOR 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)"

(destaques cfe original)

A Relatora do voto vencido no referido acórdão também analisou com propriedade a Nota Explicativa CVM nº 247/96, demonstrando que o fato de admitir ágio ou deságio na subscrição de ações não invalida a conclusão do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007, *in verbis*:

“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 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.

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

[...]

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.”

Como se observa, tanto as normas contábeis quanto a doutrina são convergentes em não reconhecer a existência de ágio quando não há negociação, ainda que indireta, com terceiros e efetivo pagamento pelas participações subscritas, situações que também não se verificam nas operações ora examinadas.

A utilização dos princípios contábeis para dar uma resposta satisfatória ao desafio de mensuração do resultado das pessoas jurídicas, foi bem observado por Schoueri, que aborda a solução encontrada pelo legislador pátrio para a questão da dedutibilidade do ágio, *in verbis*:

“Conforme já referido, pelo princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (*o matching principle*), as despesas que sejam diretamente relacionadas a receitas de determinado período devem ser com estas confrontadas, a fim de que não sejam geradas quaisquer distorções. Não seria razoável que se contabilizasse uma receita sem que a despesa que a originou fosse a essa contraposta; caso contrário, se verificariam valores absolutamente fictícios, com resultados negativos no período em que se contabilizasse a despesa e positivos no período que se escriturasse a receita, quando, em verdade, esses valores contrapostos acarretariam um resultado **global neutro**.

Segundo explana Sérgio de Iudícibus, os princípios dão as grandes linhas filosóficas da resposta contábil aos desafios do sistema de informação da Contabilidade, operando num cenário complexo, no nível dos postulados, formando, pois, o núcleo da doutrina contábil.

Muito além de influenciar as ciências contábeis, é de se notar que os princípios influenciam todos os demais âmbitos de estudo dotado de cientificidade, dentre esses o Direito. Um princípio que fornece respostas satisfatórias a uma ciência pode perfeitamente oferecer respostas também satisfatória a outros âmbitos científicos. E ocorreu justamente isso em matéria de amortização de ágio. Além de fornecer resposta aos desafios contábeis, o princípio do confronto das despesas com as receitas também foi utilizado pelo legislador para fornecer respostas satisfatórias aos desafios fiscais de amortização do ágio.

Foi de rara felicidade a introdução desse princípio, de natureza primordialmente contábil, na apuração do lucro real das pessoas jurídicas nacionais, por parte do Poder Executivo quando formulou o tratamento do ágio na incorporação que atualmente observamos em nosso ordenamento jurídico. Entendeu-se que o momento de dedutibilidade fiscal do ágio deveria estar estritamente vinculado ao momento em que as receitas que acarretaram o seu **pagamento** fossem auferidas, isto é, o momento em que o ágio fosse considerado realizado.

Ora, qual o motivo de se ter pago um montante superior ao valor do patrimônio líquido de uma pessoa jurídica para adquiri-la? A expectativa de auferir resultados positivos futuros em decorrência desse ágio pago é a resposta. Se os resultados positivos futuros tiveram sua origem em dispêndio com ágio ocorrido no passado, nada mais correto que registrar esse ágio em ativo para que apenas seja considerado em conta de resultado quando os referidos resultados positivos futuros foram auferidos. Eis onde o legislador acertou ao edificar a regulamentação do ágio ora em vigor.”² (grifos nosso)

Muito feliz a observação de Schoueri de que o legislador buscou na ciência contábil a solução para a questão da amortização do ágio. E o fez tanto com relação à adoção do princípio do confronto entre despesas e receitas como também ao já citado princípio do registro pelo valor original, resultante do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, pois ambos se complementam neste caso.

Senão, como se pode falar em dispêndio com ágio pago numa transação que não envolve terceiros? Como se admitir a dedução de um dispêndio que não existiu sobre uma receita que dele não decorreu?

Seria absolutamente contraditório aceitar um princípio e negar o outro.

As conclusões de Luis Eduardo Schoueri, acerca da previsão legal de dedutibilidade do ágio formado com base na expectativa de rentabilidade futura, reforçam meu entendimento nesse sentido:

“Já na hipótese do dispêndio antes contabilizado como ágio concernente a rentabilidade futura, o auferimento de lucros tributáveis na empresa A é *per se* suficiente para traduzir a realização do dispêndio com o ágio antes incorrido, que deverá ser realizado para compensar os resultados positivos, à medida em que forem ocorrendo.

Daí o porque de após a incorporação o ágio passar a ser ativo intangível, amortizável, uma vez que apenas a partir desse momento os lucros passam a ser

tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável.

Dessa forma, para que se possa considerar os lucros auferidos pela Empresa B como real resultado global positivo na Empresa A, faz-se essencial primeiramente baixar o **valor originalmente pago a título de ágio** contra esses lucros. Isso porque os lucros passarão a ser tributados na Empresa A, e **se não forem baixados os dispêndios anteriormente efetuados, contra as receitas que o fundamentaram, proceder-se-á a tributação de uma não renda.**

Essa é a lógica que informa o art. 7º da Lei nº 9.532/1997: a pessoa jurídica que absorver, em virtude de incorporação, patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio, deverá lançar o valor correspondente ao ágio cujo fundamento seja o de rentabilidade futura da coligada ou controlada incorporada no ativo intangível.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a amortização do ativo diferido, oriundo do ágio fundamentado em rentabilidade futura poderá ocorrer à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração, o que corresponde a um período mínimo de amortização de cinco anos.

Ou seja: após a incorporação, a cada mês será lançada uma parcela de 1/60 do **valor originariamente pago a título de ágio**, a título de despesa de amortização do ativo diferido surgido com a incorporação. Essa amortização não é qualquer favor ou benefício, já que o legislador pressupõe que, com a incorporação, o empreendimento lucrativo passe a compor o resultado da incorporadora.

Terá, pois, a incorporadora mensalmente, dois efeitos:

- um valor, lançado a despesa, relativo à amortização do ativo diferido correspondente ao que, antes da incorporação era ágio; e
- um ganho correspondente a lucratividade do empreendimento incorporado.

E por que não se trata de benefício?

Exatamente porque **a incorporadora pagou aquele ágio**. Ou seja: não há como falar em renda se o suposto ganho não corresponde a qualquer riqueza nova. É verdade que o empreendimento é lucrativo; o contribuinte (incorporadora), entretanto, não tem qualquer ganho, até que recupere o ágio que pagou. “

(destaques nossos)

Ora se é lógico não haver a tributação do resultado antes de deduzido o ágio efetivamente pago em face da expectativa de lucratividade futura, da mesma forma não faz sentido deduzir do lucro, como despesa, um valor que não foi efetivamente despendido. O lucro, neste último caso, é o mesmo que a empresa já teria antes da suposta reorganização societária e não ocorreu nenhum dispêndio que justifique a sua redução.

Observe-se ainda que, quando se fala em ágio pago, não se está discutindo a possibilidade do pagamento de uma subscrição ser feita por outros meios que não o pagamento em dinheiro, tais como a dação em pagamento de bens ou direitos.

Não há dúvidas de que o pagamento de uma subscrição possa ser feito sob diversas formas ou meios, como a dação em pagamento de bens ou direitos, p.ex.

A questão que se coloca é que para que se admita a existência do pagamento de ágio é que haja um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente.

Não caracteriza qualquer desembolso a mera transferência escritural das ações registrados pela investidora em seu patrimônio (indevidamente reavaliados) para o da investida. Mormente, se, ato contínuo, é feita a reversão do investimento, mediante a incorporação reversa, apenas para cumprir um requisito legal, sem qualquer modificação do seu controle direto ou indireto, seja quantitativa, seja qualitativamente.

A ausência de um efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pelas participações subscritas em operações com empresas controladas revela a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

Ora, como já visto, os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977.

O ágio na subscrição de investimentos é um fato econômico captado pela ciência contábil e regulado pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis.

É nessa perspectiva que a orientação normativa da CVM e demais normas contábeis devem ser vistas. Não como fonte normativa tributária, mas como elementos para a adequada interpretação da lei quanto aos efeitos do fato econômico (ágio) por ela regulado, pois os seus fundamentos foram buscados na ciência contábil.

Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, observadas disposições legais específicas em contrário, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais. Dissociar o fato econômico (ágio) captado pela ciência contábil daquele regulado pela lei tributária tornaria esta completamente abstrata, divorciada do contexto econômico que visa regular.

Pelo exposto, entendo que, também sob o ponto de vista de apuração dos resultados segundo os princípios e as normas contábeis, não pode ser aceita a dedutibilidade de ágio nas operações aqui retratadas, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, uma vez que os referidos dispositivos remetem ao ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1997, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Por fim, digo mais, quanto às normas fiscais, o Fiscal igualmente concluiu não se poder “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”.

Ao contrário do que afirma a recorrente, entendo que, no caso, não há qualquer ofensa ao princípio da legalidade. Inclusive reafirmo que a menção feita no Relatório da Ação Fiscal à Ofício Circular da CVM não serviu de fundamento ao Auto de Infração, que, como não poderia deixar de ser, apontou os dispositivos legais frontalmente atingidos.

Assim, por lhe faltar propósito negocial e fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, na tentativa de aplicar o tratamento previsto na legislação para o verdadeiro ágio em operação engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

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

Autenticado digitalmente em 27/04/2014 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 27/

04/2014 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 22/10/2014 por VALMAR FONSECA DE M

ENEZES

Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16682.720271/2011-54
Acórdão n.º **1301-001.434**

S1-C3T1
Fl. 39

Em relação à CSLL, aplicam-se as mesmas conclusões em relação ao lançamento principal, por decorrerem dos mesmos fatos.

Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator