



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720523/2017-31
ACÓRDÃO	9101-007.006 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de junho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	GERDAU S.A.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2013

ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA. SIMILITUDE FÁTICA. “TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO”.

No exame de admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade, do prequestionamento da matéria e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso que haja divergência interpretativa, a ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido.

Tendo em vista que o acórdão recorrido e os paradigmas se limitam, respectivamente, a admitir e a vedar a amortização fiscal do ágio transferido, sem adentrar na existência de razões extrafiscais para tanto, há similitude fática a caracterizar a divergência interpretativa.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO TRANSFERIDO.

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO. São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora

do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO. A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS. Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO. A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte se aproveita da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, com retorno ao colegiado a quo, para apreciação do recurso de ofício e das demais questões não apreciadas do recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Heldo Jorge dos Santos Pereira e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do **Acórdão nº 1402-006.107**, proferido em 22.09.2022, pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 2637/2664) assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE SOCIEDADE ADQUIRIDA PARA TAL FIM. PROPÓSITO NEGOCIAL. REQUISITOS NORMATIVOS ATENDIDOS. LEGALIDADE. AUTOS DE INFRAÇÃO ANULADOS.

Havendo o atendimento dos requisitos normativos, pode o contribuinte amortizar o ágio nos termos da lei, não se configurando a aquisição de sociedade infração.

Na oportunidade, acordaram os membros do colegiado, em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em dar provimento ao recurso voluntário.

Em seu recurso especial (fls. 2666/2697), sustenta a Fazenda Nacional que o Acórdão nº 1402-006.107 conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto à matéria “Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a investidora original”, com base nos Acórdãos paradigma números 9101-002.188 e 9101-003.467.

O despacho de admissibilidade (fls. 2701/2707) deu seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

Da existência de divergência:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

Os paradigmas em situações assemelhadas ao do acórdão recorrido apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), mesmo que haja propósito comercial nas operações, pois senão, estar-se-ia descaracterizando o critério pessoal da hipótese de incidência e, por consequência, aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito comercial. No caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice ao considerar a Prontofer (denominada "empresa veículo" pela Fiscalização) que recebeu aporte de capital

de outra empresa do grupo (METAL) para poder realizar o investimento na VILARES, para na sequência de operações ser a referida empresa dita veículo ser extinta por incorporação e assim permitir a amortização do ágio pago na aquisição original em que o investidor original não poderia fazê-lo.

Seguem trechos relevantes de ambos os paradigmas trazidos no recurso especial para corroborar a conclusão acima: (...)

Por todo exposto, proponho que seja admitida esta matéria, em relação aos dois paradigmas apresentados.

Conclusão:

Desta forma, havendo interpretação divergente da legislação tributária para fatos semelhantes, justifica-se a admissão do recurso especial da Fazenda Nacional.

No mérito, sustenta a Fazenda Nacional em seu recurso especial (fls. 2666/2697), em resumo, que (i) autoridade fiscal verificou que o ágio na aquisição de VILLARES foi pago, efetivamente, por METAL, mediante a emissão de debentures, e posteriormente mediante a entrega de ações da GERDAU que eram de sua propriedade, bem como que as operações subsequentes, visando a transferência sucessiva do registro do ágio entre empresas do grupo, não teriam alterado o fato de que o ágio foi suportado de fato por METAL; (ii) as empresas envolvidas na incorporação teriam que ter sido necessariamente a adquirente da participação com ágio e a investida adquirida, isto é, METAL e VILARES; (iii) a METAL, como holding controladora de GERDAU, manteve, ainda que indiretamente, sua participação em VILLARES durante toda a operação de reorganização, que culminou com a incorporação desta por GERDAU; (iv) a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro, num mesmo patrimônio, entre investidor e investimento e, em face dessa confusão patrimonial, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o investimento adquirido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com essa “mais valia”; (v) para que haja essa perda do investimento adquirido (encontro, num mesmo patrimônio, do investidor com o investimento), é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido EFETIVAMENTE suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial; (vi) o acórdão recorrido, contrariando a fiscalização e o entendimento da DRJ, acima resumidos, decidiu, pelo voto de qualidade a favor do contribuinte, afastar a glosa da amortização do ágio da aludida operação; (vii) os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquirem investimentos com o pagamento de ágio; (viii) a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação, de forma que não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida; (ix) para que haja essa perda do investimento adquirido (encontro, num mesmo patrimônio, do investidor com o investimento), é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido EFETIVAMENTE suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial, ou seja, o real investidor deve se confundir com o seu investimento; (x) a lei não autoriza que, uma vez pago, o ágio seja livremente alocado entre empresas do grupo

econômico, em busca de onde seu aproveitamento fiscal seria mais proveitoso, como parece entender a contribuinte; (xi) o fato de o BNDESPAR ter recebido por parte de METAL, como pagamento, debêntures conversíveis em ações da GERDAU (ações detidas por METAL), não confere ao caso nenhuma especialidade ou peculiaridade que afaste as considerações tecidas ao longo do presente arrazoado; (xii) a “transferência” do ágio realizada entre as empresas do grupo GERDAU não teve o condão de extinguir, na real adquirente (METAL), o investimento adquirido; e (xiii) os lucros produzidos pelo patrimônio que um dia foi VILLARES (hoje incorporada à contribuinte) continuam refletindo em METAL por meio de equivalência patrimonial, não tributados; de outro lado, os lucros da investida VILLARES (hoje incorporada à contribuinte) passam a ser reduzidos mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste separadamente do patrimônio da investidora original (METAL).

O sujeito passivo, por sua vez, apresentou contrarrazões (fls. 2719/2739), alegando, em resumo, quanto ao conhecimento do recurso especial, (i) ausência de divergência jurisprudencial quanto à tese da “investidora” original, tendo em vista que (a) o PRIMEIRO PARADIGMA analisou situação fática totalmente distinta, que sequer envolvia alguma justificativa de ordem negocial para a realização das operações societárias, como ocorre no recorrido; (b) foi exatamente por essa razão que, no recente Acórdão CSRF nº 9101-006.291, de 14.09.2022, a CSRF não admitiu o Recurso Especial interposto por determinado contribuinte na situação exatamente oposta; (c) diferentemente do que ocorre no ACÓRDÃO RECORRIDO, as razões extrafiscais afastadas pelo SEGUNDO PARADIGMA estavam relacionadas especificamente à própria incorporação do investimento pela empresa que fez a aquisição; ou seja, é incontroverso, naquele caso, que não houve confusão patrimonial com o chamado “real adquirente”; (d) na situação fática analisada pelo ACÓRDÃO RECORRIDO, a RECORRIDA era a sociedade através da qual o GRUPO GERDAU já investia em segmento operacional de produção de aços especiais e que veio a concentrar tal segmento com a incorporação de VILLARES, mas que, à época da aquisição, apresentava inconvenientes de ordem extrafiscal para realizar a aquisição direta, enquanto, no SEGUNDO PARADIGMA, tais elementos estão ausentes, tendo o investimento sido transferido a outra empresa do grupo em razão da inconveniência relacionada à incorporação entre a adquirente e o investimento; e, no mérito; (ii) a aquisição de ações de VILLARES por outra empresa do GRUPO GERDAU que não a RECORRIDA (no caso, METALÚRGICA), seguida da transferência de VILLARES à PRONTOFER e à RECORRIDA (por meio da incorporação da PRONTOFER) foi motivada por razões de ordem extrafiscal, que estavam diretamente relacionadas aos obstáculos negociais então existentes para a emissão de debêntures conversíveis em ações pela RECORRIDA; (iii) a aquisição das ações representativas de 28,88% do capital social de VILLARES seria, portanto, originalmente realizada pela RECORRIDA, que a incorporou em seguida, exatamente nas condições em que a fiscalização reconhece que o aproveitamento fiscal do ágio não poderia ser questionado, no entanto, à época da aquisição de VILLARES, a emissão de debêntures conversíveis em ações por parte da RECORRIDA apresentava inconvenientes de ordem extrafiscal, quais sejam, a alteração dos indicadores financeiros da Oferta Pública que estava em andamento e a complexidade para a preservação do direito de preferência dos acionistas da RECORRIDA relacionados à

convertibilidade das debêntures com a OFERTA PÚBLICA; (iv) em última análise, portanto, o ônus econômico da aquisição de investimentos em VILLARES foi suportado pela RECORRIDA; (v) de duas uma: (a) ou a reestruturação societária implementada pelo GRUPO GERDAU é legítima, ante a existência de motivos extrafiscais, e os AUTOS são cancelados; ou (b) se rejeitam os efeitos fiscais da transferência dos investimentos em VILLARES a PRONTOFER, em razão da alegada artificialidade, e de todos os atos que envolveram a reestruturação, o que acarretaria, da mesma forma, o cancelamento dos AUTOS, pela inafastável conclusão de que a RECORRIDA teria sido a real adquirente das ações de VILLARES, pois esta teria sido a real intenção do GRUPO GERDAU; (vi) a reestruturação do GRUPO GERDAU foi finalizada com a incorporação de VILLARES pela RECORRIDA, em 30.12.2010, que era essencial não só à simplificação da sua estrutura societária, mas também ao aumento de eficiência operacional por meio da unificação de estruturas e redução de custos redundantes, especialmente com relação à aquisição de matéria prima utilizada na produção de aços especiais; (vii) não encontra amparo na lei o argumento da PGFN no sentido de que a união da RECORRIDA, PRONTOFER e VILLARES em uma única entidade não atenderia aos requisitos impostos pelos arts. 70 e 8º da Lei nº 9.532/97 para amortização fiscal de ágio; (viii) a lei não impõe qualquer restrição ao aproveitamento fiscal do ágio - decorrente de processos de incorporação, fusão etc. - em razão de a investidora ter adquirido o investimento com ágio em subscrição de aumento de seu capital social; (ix) a despeito de, no caso concreto, a reestruturação da qual a transferência de ações de VILLARES a PRONTOFER fez parte ser plenamente justificável, como demonstrado, sabe-se que, ao disciplinar o aproveitamento fiscal do ágio, a Lei nº 9.532/97 procurou tornar mais atraente o processo de privatização de empresas estatais, então em andamento no país, e o fez de forma a garantir a dedutibilidade da amortização do ágio em contrapartida da obtenção de preços mais elevados nos leilões de privatização, sem exigir que o aproveitamento do ágio decorresse de reestruturações com razões específicas; e (x) a utilização de empresa veículo para aquisição do investimento e posterior incorporação para fins de aproveitamento fiscal do ágio não só não foi vedada, mas até mesmo incentivada pelos referidos dispositivos legais.

É relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relatora.

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interpor recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E eventuais embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado,

interrompem o prazo para a interposição de recurso especial¹. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

De acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela Fazenda Nacional será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhado à PGFN em 07.12.2022 (fl. 2665), de forma que o prazo para interposição do recurso especial começou a fluir em 06.01.2023 (sexta-feira). Tendo em vista que os autos foram devolvidos com o recurso especial em 23.01.2023 (fl. 2698), é tempestivo o recurso especial ora em análise.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i) o prequestionamento da matéria**, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii) a divergência interpretativa**, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”².

Com relação ao prequestionamento, o recurso especial da PGFN foi conhecido quanto à matéria “Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a investidora original”. O voto vencido se baseia na suposta ausência de confusão patrimonial entre “investidora de fato” e investida. Confira-se:

A amortização operada pela atuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

¹ Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”) aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

² Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

A operação, portanto, não passa sequer na primeira verificação necessária para referendar a amortização do ágio, de modo que, tal fato, por si só, respalda a manutenção da exigência fiscal. (...)

Ou seja, conclui-se portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar a investida (ou por ela ser incorporada). Como já exposto acima, não foi o que vislumbra nesta operação societária. (...)

Para justificar porque fez a operação como foi feita, a recorrente alegou que se deu para contornar os momentâneos inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos pela mesma. Para os contribuintes há toda a liberdade negocial própria das suas atividades, mas deve ser verificado os efeitos fiscais das mesmas, e se for o caso extrapolarem as normas tributárias pertinentes, anulando-os. No caso concreto, até pode existir o ágio na sua origem, mas deveria ter sido deduzido pela real adquirente (Metalúrgica Gerdau S/A) e não a autuada (Gerdau S/A).

O voto vencedor, por sua vez, ao confrontar expressamente o entendimento do relator, conclui que “não há a indicação [na legislação] de que a origem ou quem providenciou os recursos é que efetivamente tenha de realizar a operação”. Confira-se:

7. Do exame destas questões se percebe que todas elas estariam ligadas, no sentido que seria a origem dos recursos é que definiria se a operação se enquadra como adequada ou não para a amortização do ágio. Empresa-veículo, portanto, seria aquela que é utilizada por outra, por meio do aporte de recursos, para então realizar as operações societárias que vão gerar o ágio a ser amortizado. Já o “real investidor”, na acepção extraída do Acórdão da DRJ, seria aquele que efetivamente aporta o capital que serve para gerar o ágio. Por fim, também pela DRJ, entendeu-se que somente quando houver operações com o “real investidor” é que a amortização do ágio é autorizada.

8. O art. 7º da Lei 9.532/98 não dispõe expressa ou implicitamente a respeito de qualquer destas hipóteses, nem em relação à origem do crédito, nem quanto à empresa veículo ou real investidor. O critério utilizado pela lei é objetivo e trata de “pessoa jurídica”, que absorve o patrimônio de outra, em operação de incorporação, fusão ou cisão, sendo que antes da operação, uma detinha participação societária de outra adquirida com ágio. Não há a indicação de que a origem ou quem providenciou os recursos é que efetivamente tenha de realizar a operação.

9. Não há previsão de que o efetivo desembolso ou a procedência do capital, bem como quem o desembolsou devam ser levados em conta para verificar quem deve ou não efetuar a operação de, no caso, incorporação. Isto, inclusive, poderia levar a conclusões infundadas. Por exemplo, na hipótese de empréstimos de recursos com garantia, para aquisição de participação societária com ágio e posterior operação de incorporação ou fusão, onde poderia ter a amortização daquele. A

quem pertenceria ou qual seria a origem do capital? Ou seja, quem seria o real investidor? A mesma situação poderia se dar em relação à captação de recursos perante o público ou da venda de ações, para realizar operações na qual possa ser amortizado o ágio. Nesses casos, quem seria ou seriam os reais investidores? A lei não prevê que a origem ou procedência do capital seja condição para que o ágio possa ser amortizado.

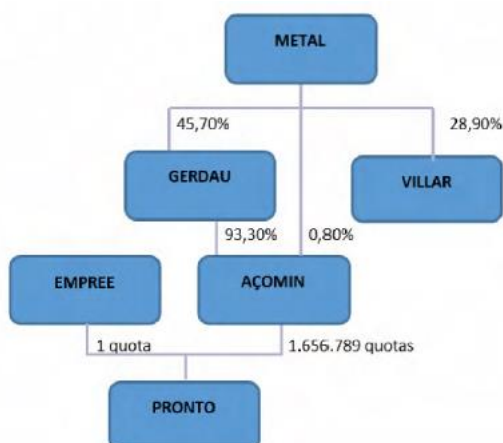
10. Entende-se que a análise feita a partir de interpretação estritamente econômica não procede, isso porque a lei prevê que o exame deve ser jurídico-econômico, no sentido de que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua situação jurídica. A interpretação exclusivamente econômica seria, além de tudo, insegura, a ponto de conduzir o intérprete a perquirir uma sequência de fatos que podem ser intermináveis. No caso em questão, a posição jurídica é ocupada pelas empresas que participaram das operações do ágio, sem irregularidade, devendo haver o reconhecimento dos efeitos dos atos.

Assim, entendo que a matéria foi devidamente prequestionada.

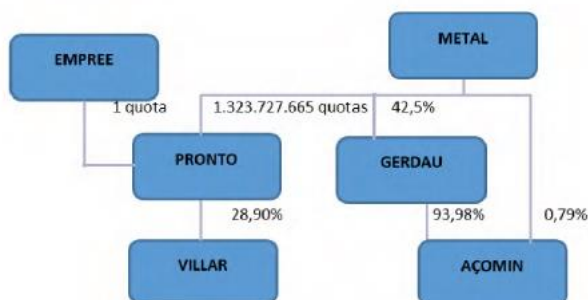
No que se refere à divergência interpretativa, a Fazenda Nacional indicou como paradigmas os Acórdãos números 9101-002.188 e 9101-003.467.

No presente caso, as operações que deram ensejo ao registro do ágio foram as seguintes:

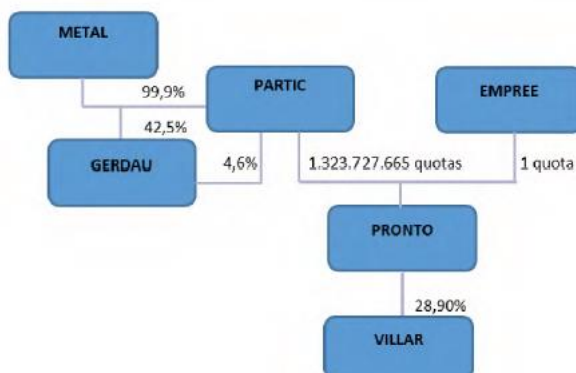
- Em 09.06.2008, a METAL adquire 28,9% da participação na VILLAR do BNDESPAR por R\$ 1.302.803.028,00, através da emissão de debêntures, apurando um ágio de R\$ 1.042.585.644,74;
- Em 30.11.2010, Os sócios da PRONTO: AÇOMIN e EMPREE, aumentam o capital social de R\$ 15.790,00 para R\$ 1.656.790,00 com emissão de novas cotas totalmente subscritas e integralizadas pela AÇOMIN mediante capitalização dos depósitos para futuro aumento de capital. A EMPREE permanece na sociedade com 1 cota = R\$1,00. Nesse momento, a estrutura societária era a seguinte:



- Ato contínuo, a AÇOMIN faz a cessão integral das suas cotas para a METAL, pelo valor de R\$ 4.804,74.
- METAL e EMPREE aumentam o capital social da PRONTO para R\$ 1.323.727.666,00, com a emissão de novas cotas no valor de R\$ 1,00 totalmente subscritas e integralizadas pela METAL mediante o aporte de 1.427.990.051 ações ordinárias de VILLAR, correspondentes à participação de 28,9%. Com isso, a estrutura societária passou a ser a seguinte:



- Em 30.11.2010, A PARTIC, outra empresa do grupo Gerdau, ingressa na sociedade mediante aumento de capital nela feito pela METAL com sua participação na PRONTO. Confira-se:



- Em 30.12.2010, o patrimônio líquido da PRONTO foi incorporado pela GERDAU com aumento de seu capital social e emissão de novas ações por GERDAU aos sócios de PRONTO, pelo seu valor patrimonial contábil em 30/11/2010 e, ato contínuo, a VILLAR foi incorporada pela GERDAU, que já possuía 58,44% do capital social da VILLAR. A incorporação foi realizada com novo aumento de capital social da GERDAU e emissão de novas ações aos acionistas minoritários da VILLAR.

A Autoridade Fiscal não contesta o surgimento do ágio entre partes não relacionadas, mas, sim, a transferência da participação societária na VILLAR para uma “empresa-veículo”, no caso, a PRONTO, que foi incorporada por outra empresa do grupo, a GERDAU, que, ato contínuo, incorporou a VILLAR. Confira-se:

62. Após a análise de todos os documentos apresentados, é indiscutível que um ágio de R\$ 1.042.585.644,74 foi efetivamente pago, pela METAL, ao BNDES Participações S.A. - BNDESPAR quando da aquisição da participação de 28,9% na VILLAR. (DOC 01 e 02)

63. Ocorre que, num segundo momento, via subscrição de ações, a participação societária na VILLAR foi transferida para uma empresa veículo - PRONTO - que foi incorporada por outra empresa do grupo – a GERDAU, que ato contínuo incorporou a VILLAR e, assim, passou a amortizar o ágio.

Diante desses fatos – que, a meu ver, caracterizam uma operação de “transferência de ágio” - o redator do voto vencedor do acórdão recorrido, inicialmente, faz considerações que, aparentemente, se referem a uma operação de “ágio empresa-veículo”, ou seja, àquela na qual uma pessoa jurídica transfere recursos para sua investida - que pode ou não ser uma holding constituída apenas para esse fim -, via integralização de capital ou constituição de dívida, para que a investida adquira de terceiros uma participação societária com ágio. Veja-se:

6. O questionamentos no Recurso Voluntário, quanto à decisão da DRJ e consequentemente aos fundamentos utilizados pela Autoridade Fiscal que efetuou o lançamento, dizem respeito à utilização das chamadas empresas-veículo ou empresas de prateleira para a realização das operações, as quais nunca teriam sido, na visão do Órgão Julgador de primeiro grau, a real investidora. Tal posição, segundo o Relator, seria ocupada pela Gerdau e não pela Prontofer

Nota-se que a Prontofer jamais teve a decisão de adquirir a participação societária da Villares, muito menos teve a expectativa de rentabilidade futura sobre tal operação.

Como se verifica no relatório e nos autos, a decisão de aquisição da participação societária foi da Metalúrgia Gerdau S/A.

Neste contexto, a Prontofer foi um mero instrumento de realização da transação, jamais tendo sido a investidora, que acreditou na mais-valia do investimento, realizando os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e que desembolsou, de fato, os recursos necessários à aquisição.

A Prontofer estava operacionalmente, praticamente, inativa nos anos anteriores à operação societária em discussão, como descrito nos TVF. Ressurge quando do aumento do capital social, na sua 6ª alteração contratual ocorrida em 30/11/2010, quando passou de um capital social de R\$ 15.790,00 para R\$ 1.323.727.665,00. Posteriormente, dia 30/12/2010 foi incorporada pela Gerdau S.A. (a autuada).

7. Do exame destas questões se percebe que todas elas estariam ligadas, no sentido que seria a origem dos recursos é que definiria se a operação se enquadra como adequada ou não para a amortização do ágio. Empresa-veículo, portanto, seria aquela que é utilizada por outra, por meio do aporte de recursos, para então realizar as operações societárias que vão gerar o ágio a ser amortizado. Já o “real investidor”, na acepção extraída do Acórdão da DRJ, seria aquele que efetivamente aporta o capital que serve para gerar o ágio. Por fim, também pela DRJ, entendeu-se que somente quando houver operações com o “real investidor” é que a amortização do ágio é autorizada.

8. O art. 7º da Lei 9.532/98 não dispõe expressa ou implicitamente a respeito de qualquer destas hipóteses, nem em relação à origem do crédito, nem quanto à empresa veículo ou real investidor. O critério utilizado pela lei é objetivo e trata de “pessoa jurídica”, que absorve o patrimônio de outra, em operação de incorporação, fusão ou cisão, sendo que antes da operação, uma detinha participação societária de outra adquirida com ágio. Não há a indicação de que a origem ou quem providenciou os recursos é que efetivamente tenha de realizar a operação.

9. Não há previsão de que o efetivo desembolso ou a procedência do capital, bem como quem o desembolsou devam ser levados em conta para verificar quem deve ou não efetuar a operação de, no caso, incorporação. Isto, inclusive, poderia levar a conclusões infundadas. Por exemplo, na hipótese de empréstimos de recursos com garantia, para aquisição de participação societária com ágio e posterior operação de incorporação ou fusão, onde poderia ter a amortização daquele. A quem pertenceria ou qual seria a origem do capital? Ou seja, quem seria o real investidor? A mesma situação poderia se dar em relação à captação de recursos perante o público ou da venda de ações, para realizar operações na qual possa ser amortizado o ágio. Nesses casos, quem seria ou seriam os reais investidores? A lei não prevê que a origem ou procedência do capital seja condição para que o ágio possa ser amortizado.

Adiante, o redator faz considerações genéricas, que, a meu ver, se aplicam tanto às operações de “ágio empresa-veículo” como de “transferência de ágio”. Confira-se:

10. Entende-se que a análise feita a partir de interpretação estritamente econômica não procede, isso porque a lei prevê que o exame deve ser jurídico-econômico, no sentido de que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua situação jurídica. A interpretação exclusivamente econômica seria, além de tudo, insegura, a ponto de conduzir o intérprete a perquirir uma sequência de fatos que podem ser intermináveis. No caso em questão, a posição jurídica é ocupada pelas empresas que participaram das operações do ágio, sem irregularidade, devendo haver o reconhecimento dos efeitos dos atos.

11. Por outra perspectiva, não há na Lei 9.532/98 qualquer requisito adicional para pessoas jurídicas participantes das operações de que venham resultar amortização do ágio. Assim, sendo pessoa jurídica legalmente constituída e recaiando nas situações previstas nos arts. 7º e 8º haverá a possibilidade de amortização do ágio. Isto afasta a alegação de que sociedades recém criadas ou sem despesas operacionais não poderiam se enquadrar como as pessoas jurídicas dos citados artigos.

12. A questão do propósito negocial parece ter o mesmo fim. Como indicado, não se vislumbra nenhuma irregularidade em relação a qualquer das operações efetuadas no caso em questão, com base na legalidade.

13. Em vista do exposto, entende-se que a amortização do ágio foi efetuada de acordo com a lei, devendo a mesma ser reconhecida como legítima, por conseguinte, anulando os Autos de Infração, no que diz respeito a esse aspecto.

Disso se extrai, em resumo, que, ao analisar uma operação de “transferência de ágio”, o Colegiado *a quo* concluiu que não há exigência na legislação no sentido de que a confusão patrimonial que autoriza a amortização fiscal do ágio deve se dar entre a “investidora original” e a investida.

O Acórdão paradigma nº 9101-002.188 (“caso Biosintética”), igualmente, versa sobre “transferência de ágio”, como restou concluído no Acórdão nº 9101-006.902, julgado em 04.04.2024 (no qual, entretanto, o referido paradigma foi descartado para caracterizar a divergência interpretativa com um caso que versava sobre “ágio empresa-veículo”):

No Acórdão paradigma n. 9101-002.188, por sua vez, analisou-se a operação por meio da qual (i) a ACHE - LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A (“ACHE”) adquiriu a BIOSINTETICA de terceiros independentes, com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) com fundamento em expectativa de rentabilidade futura; (ii) a ACHE realizou aumento de capital na empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S/A (“DELTA”) com a integração do investimento detido na BIOSINTETICA, pelo mesmo valor de sua aquisição; e (iii) a BIOSINTETICA incorporou a DELTA e passou a amortizar o ágio. Nesse contexto, os julgadores entenderam que a legislação vigente à época exigia, no caso de “incorporação às avessas”, que a investida adquirisse a “investidora original” e, “nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito”. Aplicando tais lições ao caso concreto, concluíram:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

A operação examinada no Acórdão paradigma n. 9101-002.188, portanto, difere daquela objeto do acórdão recorrido, na medida em que a participação societária não foi adquirida por meio da “empresa veículo”, como no recorrido, mas, sim, após a aquisição da participação societária com ágio, houve aumento de capital na “empresa veículo” com integralização do investimento adquirido com ágio de terceiros independentes. Diante da dissemelhança entre as situações fáticas, não há que se falar em divergência interpretativa entre o acórdão recorrido e o

Acórdão paradigma n. 9101-002.188, que não deve ser considerado para fins de conhecimento do recurso especial quanto à matéria “Ágio amortizado oriundo de empresa veículo”.

Diante de uma operação de “transferência de ágio”, seguida de incorporação da investidora – diversa daquela considerada “original” pela Autoridade Fiscal – pela investida, os julgadores do Acórdão paradigma nº 9101-002.188 concluíram, a partir do voto do Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 1103-001.170:

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora “original” ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao *caput* do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade.

Por bem adequadas, transcrevo palavras da recorrente: (...)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e

material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Note-se que, no presente caso, a METAL adquiriu do BNDESPAR, um terceiro independente, a participação no capital da VILLAR com ágio e, posteriormente, integralizou essa participação na PRONTO – e, nesse ponto, ocorre a similitude fática entre o acórdão recorrido e o Acórdão paradigma nº 9101-002.188.

Em seguida, foram realizadas diversas operações societárias entre as controladoras da PRONTO, que culminaram na sua incorporação pela GERDAU, seguida da incorporação da VILLAR (investida) pela GERDAU – investidora “não original”, de acordo com a Autoridade Fiscal. As operações que ocorreram entre as controladoras da PRONTO, após a integralização de seu capital com a participação detida pela METAL na VILLAR, bem como o fato de, no presente caso, ter ocorrido a incorporação da investida (VILLAR) pela investidora (GERDAU), entretanto, não afastam a similitude fática no que interessa à demonstração da divergência interpretativa ora em análise.

A Recorrida argumenta, em suas contrarrazões, que o Acórdão paradigma nº 9101-002.188 analisou situação fática totalmente distinta, que sequer envolvia alguma justificativa de ordem negocial para a realização das operações societárias, como ocorre no recorrido. Ocorre que as razões extrafiscais invocadas pela Recorrente não importaram para os julgadores do recorrido, razão pela qual não se exige que o paradigma verse sobre o tema.

Como já me manifestei em outras oportunidades, a similitude exigida para a caracterização da divergência interpretativa não precisa estar presente em todas as circunstâncias do recorrido e do paradigma. Na verificação da similitude, é preciso se atentar para aqueles

aspectos, principalmente fáticos, que importaram ao Colegiado *a quo* na sua decisão. Em outras palavras: não se exige igualdade entre recorrido e paradigma, mas, se alguma circunstância foi relevante para a decisão contida no recorrido, é preciso que o paradigma contenha situação semelhante. E, no presente caso, frise-se, como os aspectos extrafiscais que justificaram as operações societárias realizadas pela Recorrente não importaram aos julgadores do recorrido, não se exige que os paradigmas contemplem tal circunstância.

Portanto, o Acórdão paradigma nº 9101-002.188 é apto para caracterizar a divergência interpretativa ora em exame.

No Acórdão paradigma nº 9101-003.467, por sua vez, analisou-se operações por meio das quais, em resumo, (i) a GUARANIANA S/A adquiriu, via leilão de privatização e leilão realizado na BOVESPA, participação no capital social da COELBA S/A com ágio; (ii) a GUARANIANA subscreveu aumento de capital na NORDESTE PARTICIPAÇÕES S/A, mediante transferência das ações na COELBA, sendo que foi atribuído às ações e ao ágio “transferidos” os mesmos valores dos saldos registrados na contabilidade da GUARANIANA; e (iii) a COELBA incorporou a NORDESTE PARTICIPAÇÕES e passou a amortizar o referido ágio. Diante disso, a relatora do paradigma passa a expor a sua posição sobre a “transferência do ágio”:

Conforme posição manifestada em julgados anteriores, esta Conselheira defende a necessidade de confusão patrimonial entre investida e investidora para a dedução da amortização do ágio pago, bem como a caracterização da investidora como aquela que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. E tem sido este o entendimento abraçado por esse colegiado. (...)

O segundo evento é o de incorporação, fusão ou cisão em que investidora e investida passem a constituir uma mesma empresa. A partir da edição da Medida Provisória nº 1.607, de 1997, convertida na Lei nº 9.532, de 1997, tal situação passou a ser regida pelos dispositivos ali existentes (arts. 7º e 8º na Lei nº 9.532, de 1997). Com a absorção da investida pela investidora (ou viceversa) ali prevista, ocorre o “encontro” entre investida e investidora (confusão patrimonial) e a consequente extinção do investimento. Nessa situação, os dispositivos em questão estabelecem permissivo legal de o ágio contabilizado ser amortizado (e deduzido) à razão de no máximo um sessenta avos por mês.

De anotar, aliás, a concepção de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente se e quando o investimento for alienado. (...)

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que se dirigem à pessoa jurídica investidora que adquiriu participação societária com ágio ou deságio em pessoa jurídica que se torna sua investida e venha a absorver seu patrimônio (da investida) em virtude de incorporação, fusão ou cisão (hipótese do *caput* do art. 386). Ou, de forma reversa (ou “às avessas”), da investida que venha absorver o

patrimônio da investidora que adquiriu participação societária nela com ágio ou deságio (hipótese do § 6º, inciso II do mesmo art. 386).

Tanto numa situação como na outra, o aspecto pessoal da norma se define na pessoa jurídica que fez a aquisição da participação societária com ágio (ou deságio). Assim, no momento em que o investimento é transferido a uma terceira empresa, não pode mais se materializar a hipótese da norma, uma vez que descaracterizado o seu aspecto pessoal.

Em seguida, a relatora afasta expressamente as razões extrafiscais invocadas pelo contribuinte ao argumento de que “mesmo que sejam relevantes as razões societárias ou mesmo regulatórias a justificarem a utilização NORDESTE PARTICIPAÇÕES nas operações societárias levadas a cabo, não se pode ignorar o fato de que o investimento original foi extinto quando foi transferido da GUARANIANA para a NORDESTE PARTICIPAÇÕES”.

Portanto, assim como ocorreu no recorrido, as razões extrafiscais não impactaram nas conclusões dos julgadores do Acórdão paradigma nº 9101-003.467. Isto é, no acórdão recorrido, admitiu-se a transferência do ágio e as razões extrafiscais não foram invocadas pelo Redator do voto vencedor sequer como reforço argumentativo; enquanto no Acórdão paradigma nº 9101-003.467 vedou-se a transferência do ágio, consignando-se, expressamente, que as razões extrafiscais não alteram esse cenário.

Assim, a meu ver, está caracterizada a divergência interpretativa e, mais uma vez, não procedem os argumentos invocados pela Recorrida acerca da ausência de similitude com base nas razões extrafiscais que justificaram as operações no recorrido e no Acórdão paradigma nº 9101-003.467.

Diante do exposto, voto por CONHECER do RECURSO ESPECIAL.

II – MÉRITO

Conforme tratado no capítulo acima, em resumo, a METAL adquiriu com ágio participação no capital da VILLAR do BNDESPAR, parte independente. E, posteriormente, “transferiu”, mediante integralização de capital, a participação no capital da VILLAR, com o correspondente ágio, na PRONTO. Realizadas “operações societária intermediárias” que alteraram o controle da PRONTO – e que, a meu ver, nada interferem no presente caso –, a PRONTO foi incorporada pela GERDAU, que, em seguida, incorporou a VILLAR, passando a amortizar o referido ágio para fins fiscais.

A Autoridade Fiscal considerou a PRONTO uma “empresa-veículo”, nos seguintes termos (fls. 42-43):

65. A PRONTO apresentou atividade econômica apenas nos dois primeiros anos calendários de sua existência. A partir do ano calendário de 2001 registrou poucos lançamentos contábeis, nenhum deles relacionado a qualquer atividade comercial ou industrial. Os raros lançamentos contábeis por ela registrados dizem respeito a mútuos com empresas coligadas, juros, IOF, e impostos diferidos (IR e CSLL). Além

disso, não possuía empregados e não pagou qualquer remuneração aos seus sócios-administradores, conforme se verifica nos lançamentos contábeis (ANEXO XII), e pesquisa no sistema de arrecadação da Previdência Social, onde constam, para todo o período, Guias de Informação a Previdência Social - GFIP sem movimento, isto é, sem qualquer trabalhador (ANEXO XIII). (...)

70. Após a análise do conjunto de atos societários e comerciais que culminaram na aparente transferência do ágio à fiscalizada – GERDAU, fica cristalino que jamais houve intenção de viabilizar a empresa veículo - PRONTO de sorte que esta pudesse conservar as ações da investida. Não houve nenhum propósito negocial ou motivação econômica na passagem das ações da VILLAR para patrimônio da PRONTO. Essas ações só subsistiram no patrimônio da PRONTO por exatos 30 dias, quando então, em 30/12/2010 foi levada à cabo a incorporação da PRONTO pela GERDAU, e ato contínuo, da VILLAR (ANEXOS VI e VII).

71. Em suma, o que se verificou nesta transação comercial é que os atos envolvendo a empresa veículo, fundamentados em aparente legalidade, na realidade não apresentaram qualquer finalidade empresarial ou negocial.

Além disso, a Fiscalização não questiona a subsistência do ágio gerado na aquisição da VILLAR pela METAL e tampouco o valor do ágio registrado na PRONTO após a “transferência”, mas, sim, a própria transferência do ágio para a PRONTO, que, supostamente, deveria ter por consequência a baixa do investimento anteriormente mantido pela METAL na VILLAR. Confira-se (fls. 44-46):

73. Em situações como a descrita neste relatório - a subscrição das quotas da PRONTO com o aporte das ações da VILLAR - a correta aplicação dos princípios contábeis seria baixar o investimento anteriormente mantido pela METAL na VILLAR, e o correspondente ágio, podendo – ou não – ser gerado um ganho de capital para a METAL (que no caso em tela não ocorreu).

74. Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na METAL não poderia ser transferido para a PRONTO, mas tão somente baixado do ativo METAL, reduzindo eventual ganho de capital na liquidação do investimento. (...)

76. Em resumo, não se questiona a existência do ágio na METAL, decorrente da aquisição ocorrida em 09/06/2008 da participação da VILLAR. O que não se coaduna com a legislação tributária é a transferência do ágio para a PRONTO, em 30/11/2010, por meio do aumento do capital social da PRONTO, que recebeu as 1.427.990.051 ações da VILLAR, sem qualquer desembolso.

77. Ou seja, uma operação cuja única finalidade desse aumento de capital na PRONTO foi criar uma situação que permitisse que o ágio pago pela VILLAR fosse aproveitado em outra empresa do grupo. Reforce-se que a PRONTO só subsistiu por um mês após receber essas ações, o que comprova que ela nada mais foi que um veículo para transferência desse ágio que posteriormente foi aproveitado através da sua incorporação pela GERDAU. (...)

80. É importante ressaltar o fato de que o laudo de avaliação (ANEXO XIV), no valor total de R\$ 1.322.070.876,47, apresentado pela METAL com o objetivo da subscrição e integralização do capital social da PRONTO foi preparado por 3 funcionários da AÇOMIN (ANEXO XV), ou seja, integrantes do Grupo Gerdau, para atender aos interesses do mesmo, qual seja, “transferir” e amortizar o ágio da VILLAR, conforme transcrito abaixo: (...)

81. Não é mera coincidência que o ágio apurado nessa transação corresponda exatamente ao saldo do ágio não amortizado pela METAL constante em sua contabilidade na data da integralização do aumento de capital na Prontofer, qual seja exatos R\$ 990.456.362,50.

A Recorrida, por sua vez, justifica a forma como foi feita a operação alegando que o negócio originalmente desejado consistia na emissão de valores mobiliários por parte da GERDAU em contrapartida da transferência da participação em VILLARES então detida por BNDESPAR – tanto que por ocasião da concretização do negócio, em contraprestação à alienação da participação que detinha em VILLARES, BNDESPAR recebeu debêntures com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da GERDAU. No entanto, à época, a GERDAU estava passando por um processo de OFERTA PÚBLICA - inclusive com emissão de ADR – com base nos indicadores financeiros vigentes à época, razão pela qual não podia emitir debêntures, sob pena de alterar as bases nas quais a oferta pública foi aprovada. Diante disso, foram realizadas as diversas operações societárias que tiveram por fim organizar o Grupo Gerdau para que “ficasse na situação que estaria se as ações de VILLARES tivessem sido, desde o início, adquiridas pela RECORRIDA, acaso não existissem todos os inconvenientes acima mencionados.”

Como já me manifestei em outras oportunidades, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação aplicável aos fatos, a amortização do ágio pela investidora era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) aquisição de investimento avaliado pelo MEP com ágio por expectativa de rentabilidade futura da investida; (ii) desdobramento do custo de aquisição do investimento em valor do patrimônio líquido da investida e ágio; (iii) elaboração de documento demonstrando o valor da previsão de rentabilidade futura da investida que embasou o registro do ágio; (iv) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão; e (v) amortização não inferior a 1/60 por mês, ou seja, em período igual ou superior a 5 anos.

No presente caso, não houve questionamentos acerca do valor do ágio, da sua fundamentação econômica ou registro contábil, mas, no que se refere à matéria objeto do presente recurso especial, apenas a imputação de suposta ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, a autorizar a amortização fiscal do ágio, em razão da “transferência” do ágio da METAL, considerada pela Fiscalização como “investidora original”, para a PRONTO, entendida como sendo uma “empresa-veículo”.

Cumprе ressaltar que a legislação não determina que a confusão patrimonial se dê entre “investidora original”, como quer fazer parecer a Autoridade Fiscal, se limitando, no art. 7º,

caput e inciso III da Lei nº 9.532/1997, a estabelecer, para amortização fiscal do ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, que uma pessoa jurídica absorva “patrimônio de outra (...) na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio”. Confira-se:

Artigo 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 1977³: (....)

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

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

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

Assim, nos termos da legislação, é exigência para que ocorra a amortização fiscal do ágio, dentre outros, que se reúna, em um mesmo patrimônio, o ágio outrora pago pela investidora e os lucros da investida que justificaram tal pagamento. Sobre o tema, explica o Conselheiro Luís Flávio Neto, na declaração de voto apresentada no Acórdão nº 9101-002.188, julgado em 20.01.2016:

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (I) do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com (II) o acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com "'a realização' do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”.

³ 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:

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO, quando identifica que "o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a "confusão" na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento". Conclui esse professor, acertadamente, que "A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente".

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações, fusões* ou mesmo *cisões*.

Aplicando tais lições ao presente caso, é inegável que a PRONTO, ao receber, via integralização de capital, a participação no capital da VILLAR, pelos mesmos valores de patrimônio líquido e de ágio por expectativa de rentabilidade futura outrora registrados na METAL – o que, frise-se, é incontroverso nos presentes autos –, passou a “deter participação societária adquirida com ágio”. E, com a incorporação da PRONTO pela GERDAU, seguida da incorporação da VILLAR pela GERDAU, ocorreu a exigida reunião entre o patrimônio contendo o ágio pago e aquele relativo ao investimento cuja rentabilidade futura justificou o ágio.

Sobre o tema, é, ainda, o voto do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão n.º 9101-006.831, julgado em 07.02.2024 e acompanhado por esta Relatora:

Em outras palavras, o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 reconheceu o direito da empresa que **detém** investimento **adquirido** com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento. O artigo 8º, por sua vez, estendeu este direito à empresa investida, quando da incorporação da detentora.

Nota-se que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém** o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados na aquisição.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou limitar tal direito a quem tenha pago um preço em dinheiro, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Ora, a utilização “na qual **detenha** participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito

de aproveitamento fiscal do ágio inclusive em operações de transferência do respectivo investimento, como foi o caso.

Também o verbo “adquirir” que se valeu o texto legal de maneira nenhuma denota que o direito à dedução do ágio estaria restrito apenas ao negócio jurídico “compra e venda”. Pelo contrário, a ausência de restrição no texto legal impõe ao intérprete conferir tal direito a todos os demais negócios jurídicos que implicam transferência de propriedade do investimento, como é o caso da subscrição ou aumento de capital.

Assim, atendidos os requisitos contidos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, para amortização fiscal do ágio, não há que se falar em reforma da decisão recorrida.

E, embora não considere que razões extrafiscais sejam relevantes para autorizar a amortização fiscal do ágio em casos como o presente, ressalto que a justificativa apresentada pela Recorrida para a realização das operações societárias, da forma como feitas, é verossímil. Isso porque, de fato, o BNDESPAR recebeu debêntures com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da GERDAU, conforme cláusula 4.2 do INSTRUMENTO PARTICULAR DE ESCRITURA DA QUARTA EMISSÃO PRIVADA DE DEBÊNTURES NÃO CONVERSÍVEIS, PERMUTÁVEIS, DA ESPÉCIE COM GARANTIA FLUTUANTE, EM SÉRIE ÚNICA, DA METALÚRGICA GERDAU S.A. (fl. 61):

4.2 *Permutabilidade.* Cada Debênture poderá ser permutada por 100 (cem) ações preferenciais de emissão da (Gerdau S.A., sociedade por ações inscrita no CNPJ/MF 33.611.500/0001-19 (“Gerdau” e “Permuta de Ações”), a qualquer tempo, a exclusivo critério do detentor da Debênture (“Debenturista”), desde a Data de Emissão até a Data de Vencimento das Debêntures, nos seguintes termos:

Além disso, a Recorrida juntou aos autos Fato Relevante, divulgado em 03.03.2008, relativo à Oferta Pública de Distribuição Primária de Ações Ordinárias e Preferenciais (“Oferta Pública”) da Gerdau (fl. 980/981). Ressalta-se que a referida Oferta Pública abarca também a distribuição primária de ações ordinárias e preferenciais de emissão da Metalúrgica, que, de acordo com a Recorrida, foi “dimensionado exclusivamente para atender a seu direito de preferência na subscrição de ações a serem emitidas pela IMPUGNANTE [GERDAU] no âmbito da OFERTA PÚBLICA”.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER do RECURSO ESPECIAL e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Erro! Fonte de referência não encontrada.

VOTO VENCEDOR

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento contrário ao mérito do recurso especial fazendário. A maioria qualificada do Colegiado reafirmou o entendimento expresso em relação à mesma divergência demonstrada nos autos da exigência correspondente ao ano-calendário 2012, enfrentada no Acórdão nº 9101-006.939.

Naqueles autos, esta Conselheira votou pela reforma do acórdão então recorrido, nº 1402-006.106, proferido na mesma sessão de julgamento do acórdão aqui recorrido, nº 1402-006.107. Antes de adentrar ao mérito, porém, importa ter em conta que, conforme abaixo transcrito daquele precedente, e tendo em conta as premissas aqui expostas pela I. Relatora em seu voto condutor do conhecimento, os mesmos parâmetros de conhecimento do recurso especial lá firmados estão aqui refletidos:

Adicione-se, por oportuno, que o paradigma nº 9101-002.188 tem sido sucessivamente rejeitado por este Colegiado para caracterização de dissídios jurisprudenciais nos quais é questionada a interposição de empresa-veículo antes da aquisição, mediante aporte de recursos pelo indicado “real-adquirente”. Neste sentido foram: i) o voto condutor do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, acolhido por maioria no Acórdão nº 9101-005.790; ii) o voto condutor da Conselheira Lívia De Carli Germano, acolhido à unanimidade no Acórdão nº 9101-005.869; iii) o voto vencedor desta Conselheira, acolhido por maioria no Acórdão nº 9101-006.037; iv) o voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, acolhido à unanimidade no Acórdão nº 9101-006.251; e vi) o voto condutor da Conselheira Lívia De Carli Germano, acolhido à unanimidade no Acórdão nº 9101-006.253.

Aqui, em 09/06/2008, METAL sucede BNDESPAR na titularidade de 28,86% das ações de VILLARES, em contrapartida a debêntures de METAL no valor de R\$ 1.302.803.028,00, registrado ágio de R\$ 1.042.585.644,74 no investimento adquirido. A partir de 30/11/2010 se sucedem as operações societárias que têm como ponto de partida a participação de METAL em GERDAU e VILLARES, e se prestam a deslocar a participação em VILLARES para a empresa-veículo PRONTOFER, que é incorporada por GERDAU, seguindo-se a incorporação de VILLARES por GERDAU, mantida a participação de METAL em GERDAU ao final em 30/12/2010.

Há significativa similitude com o paradigma nº 9101-002.188 no qual, apesar de constituírem a empresa veículo Delta Participações Farmacêuticas S/A anteriormente, Aché Laboratórios Farmacêuticas S/A e Magenta Participações S/A adquirem diretamente o investimento com ágio em Biosintética Farmacêutica S/A e, posteriormente, transferem este investimento para Delta Participações Farmacêuticas S/A que, assim, é incorporada por Biosintética Farmacêutica Ltda, retornando esta ao controle de Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A, mas com a

amortização do ágio pago em sua aquisição. Os casos se distinguem quanto às justificativas apresentadas para a forma como as operações foram estruturadas, e também porque no recorrido a adquirida é extinta na incorporação, enquanto no paradigma a adquirida figura como incorporadora e passa a amortizar o ágio pago em sua aquisição. Contudo, em ambos os casos a adquirente original não participa da incorporação que antecede a amortização fiscal do ágio, e esta incorporação se efetiva mediante deslocamento do investimento adquirido dentro do grupo econômico, até ser situado na posição de melhor interesse para realização de seu custo.

E, como antes demonstrado, o paradigma não refuta especificamente as justificativas apresentadas para a operação lá analisada, assim como o recorrido apenas enfrenta os questionamentos quanto à necessidade de a investidora original participar da incorporação que antecede a amortização do ágio. Ao final, no paradigma são mantidas as glosas de amortização do ágio pago pela investidora original porque ela não participa da incorporação que antecede este aproveitamento fiscal, ao passo que no recorrido esta objeção é afastada, admitindo-se a amortização fiscal do ágio pago na aquisição original.

Adicione-se que a expressão “propósito negocial” foi referida nos votos do acórdão recorrido apenas como exigência da autoridade lançadora, e não foi enfrentada no âmbito das justificativas apresentadas pela Contribuinte para as operações realizadas. Daí porque, inclusive, a reversão da premissa do voto condutor do acórdão recorrido, que dispensou qualquer análise fática em face do propósito negocial apresentado, evidenciará argumentos de defesa expressos em recurso voluntário e não apreciados pelo Colegiado a quo.

Nestes termos, a divergência jurisprudencial demonstrada pela PGFN é suficiente para reformar a premissa do recorrido, que admitiu a amortização fiscal do ágio pago sem analisar as justificativas apresentadas pela Contribuinte para a transferência do investimento adquirido com ágio para pessoa jurídica interposta, permitindo que a investida fosse extinta em incorporação da qual não participou a adquirente original do investimento com ágio.

A inexistência da análise destas justificativas no recorrido produz efeitos sob duas vertentes nesta fase processual. Sem aquela análise: i) não há decisão quanto à pertinência, ou não, daquelas justificativas e, em consequência, não há diferencial, no acórdão recorrido, que impeça o conhecimento do recurso especial fazendário; e ii) não é possível a este Colegiado adentrar, em primeira vez, ao exame daquelas justificativas, caso discorde da premissa do recorrido de que é possível admitir, em qualquer circunstância, o deslocamento dentro do grupo econômico do investimento adquirido com ágio, para que sua amortização fiscal se verifique depois da incorporação entre a investida e outra pessoa jurídica integrante do mesmo grupo.

Assim delimitada a compreensão da divergência jurisprudencial demonstrada, os fundamentos de mérito apresentados no Acórdão nº 9101-006.939 são aqui reiterados e, a seguir, reproduzidos:

Como descrito no conhecimento, a divergência jurisprudencial demonstrada reside na interpretação firmada, no voto vencedor do acórdão recorrido, de que a amortização fiscal de ágio permitida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 não exigiria a extinção do investimento em face do “real-investidor”, essencialmente porque não há tal definição na legislação, bastando figurar *pessoa jurídica*, *que absorve o patrimônio de outra, em operação de incorporação, fusão ou cisão, sendo que antes da operação, uma detinha participação societária de outra adquirida com ágio*, inexistindo indicação de que a origem ou quem providenciou os recursos é que efetivamente tenha de realizar a operação.

O cerne da discussão, assim, se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *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*. Essencialmente questiona-se se quem detém a participação deve tê-la adquirida originalmente ou pode tê-la recebido por transferência.

O voto condutor do paradigma nº 9101-002.188 se pauta nos fundamentos expostos pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura originalmente no Acórdão nº 1103-001.170, e que foram consolidados como premissas de julgamento adotadas pela maioria qualificada desta Turma por largo tempo, destacando-se, neste sentido, o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do

patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural⁴. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos

os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão⁵.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir

⁵ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁷ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁸ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁸ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na

determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente

arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁹.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem

⁹ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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; (...)(grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁰.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI¹¹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

¹¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

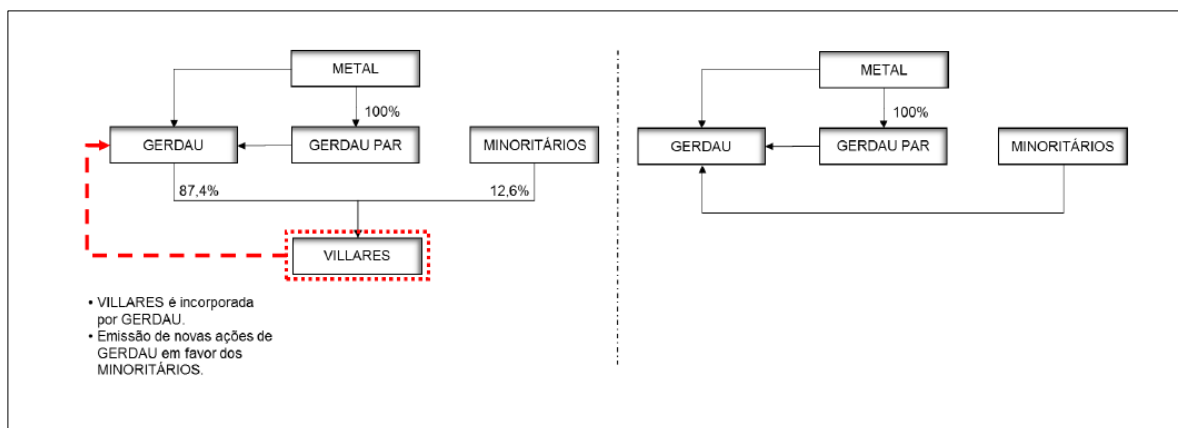
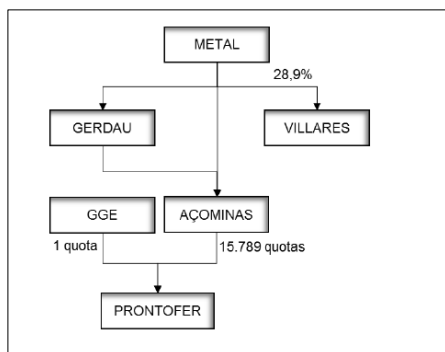
Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. *(destaques do original)*

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária com ágio em Aços Villares S/A (VILLARES) foi Metalúrgica Gerdau S/A (METAL), *holding* controladora do Grupo Gerdau e que não participou da incorporação anterior à amortização fiscal do ágio, promovida entre Gerdau S/A (Contribuinte) e VILLARES depois de METAL transferir para Prontofer Serviços de Construção Ltda (PRONTOFER), também incorporada pela Contribuinte, o investimento adquirido com ágio.

Como descrito na acusação fiscal, o ágio de R\$ 1.042.585.644,74 é registrado quando, *em Assembleia Geral Extraordinária (AGE), os acionistas de METAL aprovaram, em 09/06/2008, a emissão de debêntures da companhia, no valor total de R\$ 1.302.803.028,00, objetivando a subscrição por parte de BNDES PARTICIPAÇÕES S/A (BNDESPAR) em contrapartida da entrega da totalidade de sua participação (28,9%) no capital social de VILLARES (Doc. 1). Assim, METAL sucedeu BNDESPAR como acionista de VILLARES, adquirindo o investimento com ágio;*

Assim é que, entre 13/12/2010 e 31/12/2010, são realizadas as operações societárias internas ao Grupo Gerdaul, que deslocam o investimento em VILLARES de METAL para PRONTOFER que, incorporada pela Contribuinte, a torna detentora da participação societária adquirida com ágio por METAL e pretensa figurante na hipótese legal de amortização fiscal do ágio pago por incorporação da investida, VILLARES. A autoridade fiscal bem demonstra a estrutura do Grupo antes e depois destas operações de transferência do ágio:



Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto antes transcrito, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim de PRONTOFER, denominada como “empresa-veículo”, bem como da investida, posteriormente incorporada pela Contribuinte, ou seja, não estava presente a **investidora** (não participou do evento de incorporação a empresa METAL).

E, na mesma medida, **não se consumou a confusão patrimonial** entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa PRONTOFER (denominada “empresa-veículo”) tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (METAL) do evento de incorporação.

A Contribuinte refere a circunstância de o pagamento de METAL a BNDESPAR ter se dado com debêntures de sua emissão, mas com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da Contribuinte, como evidência de que o negócio original deveria ter sido de aquisição de VILLARES pela Contribuinte, mas encontrou *momentâneos inconvenientes negociais* a tanto.

Como expresso na análise do conhecimento do recurso especial fazendário, estas circunstâncias, também suscitadas em recurso voluntário, não foram ressalvadas no voto condutor do acórdão recorrido como diferenciais que reforçassem a regularidade afirmada pelo Colegiado *a quo* e, assim, também não figuraram como dessemelhança que afetasse a comparabilidade com o paradigma indicado. Por esta razão, o recurso especial foi conhecido em face da suficiência da divergência jurisprudencial demonstrada para reversão da premissa do recorrido, o que limita o escopo desta análise de mérito e condiciona o provimento do recurso especial fazendário ao retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para que estes argumentos subsidiários de defesa sejam apreciados.

Esclareça-se que o voto vencido do acórdão recorrido traz o enfrentamento de tais argumentos, nos seguintes termos:

Verificando o caso concreto, observa-se que há a questão de qual o papel da empresa Prontofer no aproveitamento deste ágio, e se tal situação é legítima.

O contribuinte alega que o ágio em discussão, na sua origem, decorreu de operação contratada entre partes independentes e foi efetivamente paga. Algo que seria incontroverso nos autos. Igualmente, alega que a autoridade fiscal teria considerado a operação artificial, desprovida de propósito negocial.

O artigo 386 do RIR/1999, supracitado, assim especifica no seu *caput*:

Art.386.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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10): (...)

Aqui se poderia ampliar todo o conteúdo dos artigos 385 e 386 do RIR/1999, mas me concentro neste ponto acima, para fins de análise.

Nota-se que a Prontofer jamais teve a decisão de adquirir a participação societária da Villares, muito menos teve a expectativa de rentabilidade futura sobre tal operação.

Como se verifica no relatório e nos autos, a decisão de aquisição da participação societária foi da Metalúrgia Gerdau S/A.

Neste contexto, a Prontofer foi um mero instrumento de realização da transação, jamais tendo sido a investidora, que acreditou na mais-valia do investimento, realizando os estudos de rentabilidade futura do

investimento a ser adquirido e que desembolsou, de fato, os recursos necessários à aquisição.

A Prontofer estava operacionalmente, praticamente, inativa nos anos anteriores à operação societária em discussão, como descrito nos TVF. Ressurge quando do aumento do capital social, na sua 6ª alteração contratual ocorrida em 30/11/2010, quando passou de um capital social de R\$ 15.790,00 para R\$ 1.323.727.665,00. Posteriormente, dia 30/12/2010 foi incorporada pela Gerdau S.A. (a atuada).

Tal fato está amplamente demonstrado nos autos pela autoridade fiscal atuadora, e em nenhum momento foi contestado pela Gerdau (contribuinte atuada).

Desta forma, a Gerdau ao incorporar a Prontofer jamais se amolda à previsão legal para a amortização do ágio pago na sua aquisição, posto que ausente em tal operação as investidoras, que são as destinatárias da norma legal.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A amortização operada pela atuada não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada.

A operação, portanto, não passa sequer na primeira verificação necessária para referendar a amortização do ágio, de modo que, tal fato, por si só, respalda a manutenção da exigência fiscal.

Neste sentido, cabe aqui ume excerto sobre o tema, ao qual recorro ao acórdão nº 9101-002.301 (sessão de 06/04/2016), proferido pela 1ª CSRF, da relatoria do i. Conselheiro André Mendes de Moura:

[...]

Ou seja, conclui-se portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar a investida (ou por ela ser incorporada). Como já exposto acima, não foi o que vislumbra nesta operação societária.

Igualmente, como bem conclui em excerto do acórdão 9101-003.366 (sessão de 18/01/2018), pelo i. relator do voto vencedor, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

[...]

Caso analisemos a amortização do ágio sob a ótica de despesa, podemos concluir que, *in casu*, houve a construção artificial do suporte fático de modo a conferir a aparência de uma operação abrangida pelo dispositivo legal que permite a amortização do ágio pago.

Para justificar porque fez a operação como foi feita, a recorrente alegou que se *deu para contornar os momentâneos inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos pela mesma*. Para os contribuintes há toda a liberdade negocial própria das suas atividades, mas deve ser verificado os efeitos fiscais das mesmas, e se for o caso extrapolar as normas tributárias pertinentes, anulando-os. No caso concreto, até pode existir o ágio na sua origem, mas deveria ter sido deduzido pela real adquirente (Metalúrgica Gerdau S/A) e não a autuada (Gerdau S/A).

As eventuais necessidades negociais peculiares que levaram a empresa a tentar migrar o aproveitamento do ágio a outra empresa do grupo empresarial não podem ser oposto ao fisco, pois não estão previstas no ordenamento tributário, e que não podem ter repercussão na esfera fiscal.

Nota-se que o caso concreto foram aplicados, na autuação fiscal, os regramentos e premissas exigidos ao caso para caracterizar a indedutibilidade do ágio, sendo que nenhum momento houve descaracterização dos negócios jurídicos ocorridos.

Destarte, voto por MANTER a glosa do ágio, NEGANDO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

Veicula, também, a apreciação dos demais tópicos do recurso voluntário, sob os seguintes títulos: i) “quanto à exigência da CSLL”; ii) “quanto à exigência do PAT adicional não considerado na decisão a quo”; iii) “quanto á exigência de multa isolada”; iv) “quanto a considerar as retenções na apuração da multa isolada”; e v) “quanto à exigência de juros de mora sobre a multa de ofício”.

O voto vencedor do acórdão recorrido, porém, apenas se manifestou quanto à infração principal, confrontando os argumentos vencidos deduzidos no tópico “Da análise do caso concreto”, mas isto em abordagem que alcançou, apenas, a premissa inicial do voto do relator, suficiente para dar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte e evidenciar prejudicado o recurso de ofício decorrente das exonerações promovidas em 1ª instância por admissibilidade de ajustes na dedução do Programa de Alimentação do Trabalhador e de compensação de prejuízos e bases negativas anteriores, tanto na apuração anual como nas bases mensais estimadas.

Não houve, assim, decisão do Colegiado *a quo* quanto aos argumentos subsidiários da Contribuinte acerca dos *momentâneos inconvenientes negociais* impeditivos da figuração de GERDAU como adquirente de VILLARES, bem como em relação aos demais títulos acima mencionados, para além do recurso de ofício.

Esclareça-se que os alegados impedimentos poderiam permitir a compreensão de que GERDAU foi a adquirente do investimento, e eventualmente legitimar a amortização fiscal do ágio sob as premissas jurídicas aqui fixadas. Por esta razão, as justificativas apresentadas não restam implicitamente afastadas pela interpretação da legislação tributária contrária à transferência do ágio pago para amortização fiscal sem a integração da adquirente à adquirida.

Os limites impostos ao conhecimento do recurso especial fazendário, assim, resultam apenas na reforma da premissa do voto vencedor do acórdão recorrido e passam a demandar a apreciação dos demais pontos de defesa antes descritos, não votados pelo Colegiado *a quo*.

Diante de tais circunstâncias, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN para reformar o acórdão recorrido *nos quesitos objeto* de insurgência, com o consequente retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação do recurso de ofício e dos demais argumentos de defesa do recurso voluntário acima descritos.

Reformada a premissa do recorrido, que admitiu a amortização fiscal do ágio pago sem analisar as justificativas apresentadas pela Contribuinte para a transferência do investimento adquirido com ágio, e diante da inexistência de decisão do Colegiado *a quo* quanto aos argumentos subsidiários da Contribuinte acerca dos *momentâneos inconvenientes negociais* impeditivos da figuração de GERDAU como adquirente de VILLARES, também aqui, como inicialmente consignado neste voto, não é possível a este Colegiado adentrar, em primeira vez, ao exame daquelas justificativas, devendo os autos retornar ao Colegiado *a quo* para esta apreciação, bem como para os seguintes argumentos subsidiários de recurso voluntário:

- *Da improcedência da decisão no que diz respeito à CSLL;*
- *Da improcedência da decisão quanto à correta apuração das exigências de IRPJ e de CSLL (inovação tecnológica e PAT);*
- *Da improcedência da decisão quanto à exigência de multa isolada (erro material na identificação do momento da ocorrência do fato gerador; concomitância com a multa proporcional e descabimento em razão de equívocos cometidos pela Fiscalização);*
- *Da improcedência da decisão no que diz respeito à exigência de juros de mora sobre a multa de ofício.*

Anote-se, ainda, que também restara prejudicada a apreciação do recurso de ofício com o provimento antes dado ao recurso voluntário, e ora revertido.

Esclareça-se, por fim, que embora o art. 113, §5º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023, dispense o retorno de processo *quando a matéria remanescente na instância especial for objeto de Súmula do CARF* – o que se verifica em relação ao último item acima, objeto da Súmula CARF nº 108 – os demais itens, além das justificativas

apresentadas para a operação e o recurso de ofício, demandam apreciação do Colegiado *a quo* com o restabelecimento da exigência principal.

Daí a impossibilidade de se prover integralmente o recurso fazendário e, portanto, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial, com retorno ao Colegiado *a quo*, para apreciação do recurso de ofício e das demais questões não apreciadas do recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa