



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

Processo nº 16682.722732/2016-38
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 1402-003.700 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de janeiro de 2019
Matéria ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GERDAU S.A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, quando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa-veículo" para transferência do ágio à incorporadora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar provimento ao recurso de ofício, devendo os autos retornar ao colegiado de origem para apreciação das demais questões constantes na peça impugnatória, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberto Gouveia Sampaio.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Ailton Neves da Silva (suplente convocado), Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa.

Relatório

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto em face de decisão proferida pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, que julgou PROCEDENTE, integralmente, a impugnação do contribuinte em epígrafe.

Em virtude do valor do crédito tributário exonerado na decisão *a quo*, cabe o RECURSO DE OFÍCIO nos termos da atualmente vigente Portaria MF nº 63/2017.

Da autuação:

Trata o presente processo de Autos de Infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) referente ao ano-calendário de 2011.

A Fiscalização efetuou glosa de despesas de amortização de ágio vinculado a investimentos em empresas do mesmo grupo. Não houve exigência de tributo porque o contribuinte continuou a apresentar resultado negativo, mesmo após a glosa efetuada. Contudo, houve a exigência de multas isoladas por falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

O montante autuado foi de R\$ 19.637.051,18.

Por bem retratar a descrição dos eventos que motivaram a autuação fiscal, transcrevo a parte concernente no relatório da decisão *a quo*:

O Termo de Verificação de Fiscal, de fls. 1.188 a 1.217, depois de apresentar histórico dos procedimentos, destacando as intimações para o contribuinte apresentar as justificativas e comprovação, delimita as infrações apuradas, conforme excertos a seguir transcritos.

“1 - Do contribuinte

A empresa fiscalizada é pessoa jurídica de direito privado, na forma de sociedade anônima, integra o Grupo Gerdau e tem suas receitas provenientes principalmente de investimentos em coligadas e controladas. Tem por objeto: (a) a participação no capital de sociedades com atividades de indústria e comércio de produtos siderúrgicos ou metalúrgicos, com usinas integradas ou não a portos, bem como em outras empresas e consórcios industriais, inclusive atividades de pesquisa, lavra, industrialização e comercialização de minérios, elaboração,

execução e administração de projetos de florestamento e reflorestamento, bem como de comércio, exportação e importação de bens, de transformação de florestas em carvão vegetal, de transporte de bens de sua indústria e de atividades de operador portuário, de que trata a Lei nº 8.630 de 25.02.93; e b) a exploração da indústria e do comércio, inclusive por representação, importação e exportação de aço, ferro e produtos correlatos.

2- Do escopo da ação fiscal:

A ação fiscal de que trata o presente termo teve por objeto a verificação quanto ao cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSL) nos períodos de apuração encerrados no ano-calendário de 2011, especificamente quanto aos fatos relacionados a operações de reestruturação societária em sequência com geração e aproveitamento fiscal de ágio na aquisição de participação societária na empresa Ação Villares S/A.

A citada reorganização societária envolveu, além da Gerdau S.A. e da Aços Villares S.A. - CNPJ 60.664.810/0001-74, as seguintes pessoas jurídicas vinculadas ao Grupo Gerdau: Metalúrgica Gerdau S.A. - CNPJ 92.690.783/0001-09; Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda. - CNPJ 87.153.730/0001-00; Gerdau Açominas S.A. - CNPJ 17.227.422/0001-05; Prontofer Serviços de Construção Ltda. - CNPJ 02.951.631/0001-11 e Gerdau BG Participações S.A. - CNPJ 00.183.938/0001-94.

3- Da auditoria

Neste tópico, detalha todos os procedimentos adotados no curso da fiscalização.

4- Breve abordagem sobre ágio em investimentos

Apresenta considerações sobre os conceitos e a legislação pertinente à matéria.

5- Da análise da situação fática

Demonstra a sequência dos eventos societários e tece as considerações sobre os fatos apurados, a saber.

1º Evento: 09/06/2008 – Surgimento do ágio (DOC 02)

Metalúrgica Gerdau S/A adquire 28,9% da participação na Aços Villares do BNDESPAR por R\$ 1.302.803.028,00, através da emissão de debêntures, apurando um ágio de R\$ 1.042.585.644,74

2º Evento: 30/11/2010 – 6ª Alteração contratual da Prontofer (DOC 03)

Os Sócios da empresa Prontofer Serviços de Construção Ltda. (02.951.631/0001-11), Gerdau Açominas (17.227.422/0001-05) e Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda. (87.153.730/0001-00), 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 Gerdau Açominas mediante capitalização dos depósitos para Futuro Aumento de Capital. O Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda permanece na sociedade com 1 cota = R\$1,00;

Ato contínuo, a Gerdau Açominas faz a cessão integral das suas cotas (Instrumento particular) para Metalúrgica Gerdau (92.690.783/0001-09); pelo valor de R\$ 4.804,74. (DOC 04) Metalúrgica Gerdau e Grupo Gerdau Empreendimentos aumentam o capital social da PRONTOFER para R\$ 1.323.727.666,00, com a emissão de novas cotas no valor de R\$ 1,00 totalmente subscritas e integralizadas pela Metalúrgica Gerdau mediante o aporte de 1.427.990.051 ações ordinárias de Aços Villares S/A, correspondentes à sua participação de 28,88% naquela empresa.

3º Evento: 30/11/2010 - 7ª Alteração contratual da Prontofer (DOC 05)

A Gerdau BG Participações S.A., empresa do grupo Gerdau, ingressa na sociedade mediante aumento de capital nela feito pela Metalúrgica Gerdau com sua participação na Prontofer, cuja participação societária passa a ter a seguinte composição: (...)

4º Evento: 30/12/2010 – Incorporação da Prontofer por Gerdau S.A e, em seguida, Incorporação da Aços Villares por Gerdau S.A (DOC 06 e 07)

O Patrimônio líquido da Prontofer foi incorporado pela Gerdau S/A com aumento de seu capital social e emissão de novas ações por Gerdau aos sócios de Prontofer, pelo seu valor patrimonial contábil em 30/11/2010 (auditado pela empresa Deloitte) e, ato contínuo, a empresa Aços Villares foi incorporada pela Gerdau S/A, que já possuía 58,44% do capital social da Aços Villares. A incorporação foi realizada com novo aumento de capital social da Gerdau S/A e emissão de novas ações aos demais acionistas da Aços Villares (minoritários).

No caso aqui analisado, a empresa GERDAU S/A incorporou a AÇOS VILLARES S/A com aproveitamento do ágio de R\$ 990.456.362,03 por expectativa de rentabilidade futura.

O ágio inicial foi gerado numa operação válida, entre as partes independentes – Metalúrgica Gerdau S.A. e BNDESPAR, com efetivo desembolso de numerário. Ocorre que, num segundo momento, via subscrição de ações, a participação societária na Aços Villares S.A. foi transferida para uma empresa veículo - Prontofer Serviços de Construção Ltda. que foi incorporada por outra empresa do grupo – Gerdau S.A., que ato contínuo incorporou a Aços Villares S.A. e passou a amortizar o ágio.

A empresa Prontofer Serviços de Construção Ltda. foi criada em 15/10/1998 por duas empresas do Grupo Gerdau: Comercial

Gerdau Ltda. e Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda (DOC 08). Posteriormente, em 26/02/1999 a Comercial Gerdau Ltda. foi incorporada pela Gerdau S.A. que passou a deter as cotas dessa empresa (DOC 09). O capital social da empresa foi reduzido em 31/08/2000, tendo passado de R\$ 1.060.140,00 para R\$ 15.790,00 (DOC 10). Em 28/11/2003, a Gerdau S.A. cedeu e transferiu suas 15.789 quotas para a empresa Laminadora do Sul S.A., que foi incorporada pela Gerdau Açominas S.A., que passou então a ser a sócia majoritária da Prontofer Serviços de Construção Ltda (DOC 11).

A Prontofer Serviços de Construção Ltda. apresentou atividade econômica apenas nos dois primeiros anos calendários de sua existência. A partir do ano calendário de 2001 registrou poucos lançamentos contábeis, sendo 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 (DOC 12 a 21), e pesquisa no sistema de arrecadação DATAPREV, onde só constam GFIPs sem movimento para todo período (DOC 22)”.

A operação de “transferência” do ágio teve início com a 6ª alteração contratual da Prontofer Serviços de Construção Ltda., em 30/11/2010 (DOC 03), quando foi feito um aumento do capital social, mediante a capitalização do saldo de depósitos para futuro aumento de capital pela Gerdau Açominas S.A, que passou de ínfimos R\$ 15.790,00 para R\$ 1.656.790,00, que, ato contínuo, cedeu e transferiu suas cotas para a Metalúrgica Gerdau S.A pelo valor irrisório de R\$ 4.804,74 (DOC 04). Salta à vista que essa operação de cessão de um patrimônio de mais de um milhão e meio de reais por um valor inferior a cinco mil reais, é contrária ao interesse da companhia Gerdau Açominas, visando atender apenas ao interesse econômico do Grupo Gerdau, não sendo crível que a Gerdau Açominas celebrasse tal operação com um terceiro que não pertencesse ao referido grupo econômico.

*Ainda na 6ª alteração contratual, foi feito um aumento do capital social da Prontofer Serviços de Construção Ltda. de R\$ 1.656.790,00 (**um milhão**, seiscentos e cinquenta e seis mil, setecentos e noventa reais) para R\$ 1.323.727.665,00 (**um bilhão**, trezentos e vinte e três milhões, setecentos e vinte e sete mil, seiscentos e sessenta e cinco reais) totalmente subscrito e integralizado pela nova sócia - Metalúrgica Gerdau S.A., mediante aporte de 1.427.990.051 ações ordinárias do capital social da Aços Villares S.A.*

Na 7ª alteração contratual (DOC 05) de Prontofer Serviços de Construção Ltda., de 30/11/2010 (mesma data da 6ª Alteração Contratual), a Metalúrgica Gerdau S.A. cede e transfere suas cotas para a Gerdau BG Participações S.A. mediante a subscrição e integralização do capital desta última com sua

participação na Prontofer Serviços de Construção Ltda., transferindo, conseqüentemente, pela segunda vez a participação na Aços Villares S.A. para outra empresa do Grupo, que tem participação de 100% da Metalúrgica Gerdau S.A.

Após a análise do conjunto de atos societários e comerciais que culminaram na aparente transferência do ágio à fiscalizada – GERDAU S.A., fica cristalino que jamais houve intenção de viabilizar a empresa veículo - Prontofer Serviços de Construção Ltda. de sorte que esta pudesse conservar as ações da investida. Não houve nenhum propósito negocial ou motivação econômica na passagem das ações da Aços Villares S.A. para patrimônio da Prontofer Serviços de Construção Ltda. Essas ações só subsistiram no patrimônio da Prontofer Serviços de Construção Ltda. por exatos 30 dias, quando então, em 30/12/2010 foi levada à cabo a incorporação da Prontofer Serviços de Construção Ltda. pela Gerdau S.A., e ato contínuo, da Aços Villares S.A. (DOCs 06 e 07)

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.

Quando os sócios-quotistas da Prontofer Serviços de Construção Ltda. aumentaram seu capital social com a emissão de 1.322.070.876 novas quotas no valor nominal de R\$ 1,00, as mesmas foram totalmente subscritas e integralizadas pela Metalúrgica Gerdau S.A. mediante o aporte de 1.427.990.051 ações ordinárias do capital social de Aços Villares S.A. Atente-se, que, foi neste exato momento que a Metalúrgica Gerdau S.A. realizou seu investimento na Aços Villares, pois se desfez deste investimento a fim de aumentar o capital social de outra empresa com sua participação na Aços Villares, passando então a ter o direito de amortizar esse ágio com efeitos tributários.

Em situações como a descrita neste relatório - a subscrição das quotas da Prontofer Serviços de Construção Ltda. com o aporte das ações de Aços Villares - a correta aplicação dos princípios contábeis seria baixar o investimento anteriormente mantido pela Metalúrgica Gerdau na Aços Villares, e o correspondente ágio, podendo – ou não – ser gerado um ganho de capital para a Metalúrgica Gerdau S.A. (que no caso em tela não ocorreu).

Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na Metalúrgica Gerdau não poderia ser transferido para a Prontofer Serviços de Construção Ltda., mas tão somente baixado do ativo Metalúrgica Gerdau S.A., reduzindo eventual ganho de capital na liquidação do investimento.

As empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida, nesse caso a Metalúrgica Gerdau (adquirente) e a Aços Villares (investida). Portanto, os procedimentos societários e comerciais ora descritos envolvendo a empresa veículo só se prestaram a criar uma situação que

permitisse que uma empresa operacional pertencente ao mesmo grupo econômico pudesse amortizar o ágio.

Em resumo, não há o que se falar na transferência do ágio decorrente da aquisição da participação na Aços Villares S.A. pela Metalúrgica Gerdau S.A., pois o próprio foi gerado legitimamente apenas na primeira transação, ocorrida em 09/06/2008, quando houve o respectivo pagamento/desembolso. O mesmo não ocorreu quando do aumento do capital social da Prontofer, em 30/11/2010, que recebeu as 1.427.990.051 ações da Aços Villares, sem qualquer desembolso.

A única finalidade desse aumento de capital na Prontofer foi criar uma situação que permitisse que o ágio pago pela Aços Villares fosse aproveitado em outra empresa do grupo. Reforce-se que a Prontofer Serviços de Construção Ltda. 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 S.A.

O ágio admitido pela contabilidade é aquele resultante de uma transação de compra e venda entre partes independentes e não relacionadas. Quando a operação societária da qual resulta o ágio é realizada intragrupo, a contabilidade não admite o seu reconhecimento. Com relação a isso, segue a transcrição do item 20.1.7. do Ofício Circular CVM/SNS/SEP nº 01/2007, que trata especificamente do ágio gerado em operações internas:

(...)

Note-se que a operação societária da qual resultou a amortização do ágio tratado neste relatório foi realizada intragrupo, isto é, entre partes relacionadas, ou seja, avaliadora e avaliada são do mesmo grupo econômico, conforme se depreende da estrutura societária apresentada nos organogramas apresentados anteriormente neste item. Na realidade, a Metalúrgica Gerdau S.A. manteve, ainda que indiretamente, sua participação na Aços Villares S.A. adquirida com ágio, durante toda a operação de reorganização que culminou com a Incorporação desta pela Gerdau S.A.

É importante atentar para o fato de que o laudo de avaliação (DOC 23), no valor total de R\$ 1.322.070.876,47, apresentado pela Metalúrgica Gerdau S.A. com o objetivo da subscrição e integralização do capital social da Prontofer Serviços de Construção Ltda. foi preparado por 3 funcionários da Gerdau Açominas S.A. (DOC 24), ou seja, do mesmo Grupo empresarial, para atender aos interesses do mesmo, qual seja, “transferir” e amortizar o ágio da Aços Villares S.A., conforme transcrito abaixo:

(...)

Não é mera coincidência que o ágio apurado nessa transação corresponda exatamente ao saldo do ágio não amortizado pela

Metalúrgica Gerdau S/A constante em sua contabilidade na data da integralização do aumento de capital na Prontofer, qual seja exatos R\$ 990.456.362,50.

No presente caso, não resta dúvida de que o aproveitamento tributário do ágio da Aços Villares S.A. pela Gerdau S.A. foi resultado de uma montagem jurídica efetuada mediante a prática de operações estruturadas em sequência e com a utilização de empresa veículo. Em outras palavras, para usufruir do benefício fiscal concedido pelos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97, fez-se uso de empresa veículo. Assim verificou-se o uso distorcido dos referidos comandos legais, que não contemplam uma terceira empresa no processo de reorganização societária, não admitindo, portanto, operações trianguladas com o uso de empresa veículo

6 - Do lançamento:

Diante de todo o exposto, restou comprovado de forma inequívoca a apuração artificial de ágio em operações de reestruturação societária intragrupo, feitas em sequência e com o uso de empresa veículo. Diante disso, ficam glosadas, no presente ato, as deduções do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL relativas à amortização do ágio da Aços Villares S.A. pela Gerdau S.A. no ano calendário de 2011.

Resumindo, ficam glosados os lançamentos contábeis transcritos a seguir, relativos às amortizações mensais de ágio no ano-calendário de 2011, incluídos nos itens do RTT no cálculo do Lucro Real, conforme LALUR (DOC 25) perfazendo uma glosa total de R\$ 198.091.272,36.

6.1- Da multa pelo não recolhimento do irpj e da csll por estimativa:

A consequente glosa das despesas de juros calculadas sobre os bônus e o lançamento da diferença de variação cambial positiva implica dizer que a fiscalizada deixou de recolher aos cofres públicos valores relativos a antecipações obrigatórias do IRPJ e CSLL.

7- Do encerramento:

7.1. Da retificação do Saldo dos Prejuízos Fiscais e Base Negativa de CSLL

Considerando a existência de um saldo de prejuízo acumulado e de base negativa da CSLL no período fiscalizado, a auditora fiscal ao lavrar o presente auto de infração utilizou esses saldos e recalculou o valor devido pela empresa considerando a limitação do percentual de 30% do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL recalculados considerando a nova base de cálculo.

Diante disso, fica o contribuinte, neste ato, intimado a retificar os registros de Prejuízos Fiscais e de Base Negativa de CSLL do ano calendário de 2011, ajustando o saldo a compensar em conformidade com o demonstrativo de apuração gerado no presente auto de infração.”

Da Impugnação:

Inconformada com a autuação, a recorrente apresentou impugnação, a qual aproveitou a sua descrição no relatório do v. acórdão recorrido:

Nos tópicos 1 a 3, a peça de defesa apresenta considerações sobre a tempestividade, impugnação conjunta de todos os autos de infração e histórico dos procedimentos fiscais, concluindo:

“Em síntese, são duas as razões pelas quais os AUTOS glosaram a amortização de despesas com o ágio pago pelo GRUPO GERDAU na aquisição de 28,88% de VILLARES: (i) suposta ausência de propósito negocial na utilização de “empresa veículo” que teria sido envolvida em operações societárias com o fim exclusivo de propiciar economia tributária; e (ii) alegada impossibilidade de registro de ágio por ocasião da transferência dos investimentos em VILLARES a PRONTOFER por se tratar de operação realizada dentro do mesmo grupo societário.”

4. Da Improcedência da glosa das despesas com amortização de ágio

Assevera que a aquisição de investimentos em Villares pelo Grupo Gerdau, ocorrida em 2008, teve como objetivo o fortalecimento das operações do referido grupo no mercado de aços especiais, como uma etapa necessária não só à simplificação de sua estrutura societária como também ao aumento da eficiência operacional.

Tece considerações sobre o instituto e legislação pertinentes ao ágio, e assinala:

“No entanto, a fiscalização rejeita os efeitos dos dispositivos acima mencionados à incorporação de VILLARES pela IMPUGNANTE, em razão de uma alegada artificialidade das operações implementadas pelo GRUPO GERDAU, que teriam servido ao “uso distorcido dos referidos comandos legais.”

Destaca que existem muitos procedimentos fiscais sobre a utilização de empresas “veículos”, mas isso não ocorre no presente caso. Registra que a própria fiscalização implicitamente admite que nenhuma crítica poderia ser feita ao aproveitamento fiscal do ágio, caso a impugnante tivesse adquirido diretamente as ações de VILLARES.

Entende que, no caso concreto, a desconsideração dos efeitos da reestruturação implementada no GRUPO GERDAU após a aquisição das ações de VILLARES jamais poderia resultar na lavratura dos autos de infração.

Tece considerações sobre as características e peculiaridades das operações com o BNDESPAR e destaca:

“A aquisição das ações representativas de 28,88% do capital social de VILLARES seria, portanto, originalmente realizada pela IMPUGNANTE, que a incorporou em seguida, exatamente

nas condições em que a fiscalização reconhece que o aproveitamento fiscal do ágio não poderia ser questionado.”

Ocorre, contudo, que a emissão de debêntures conversíveis em ações por parte da IMPUGNANTE, à época da aquisição de VILLARES, seria inconveniente, em razão de estar em curso um processo de Oferta Pública de Distribuição Primária de Ações Ordinárias e Preferenciais ("OFERTA PÚBLICA") - inclusive com emissão e American Depositary Receipts ("ADR") - que havia sido aprovado em março de 2008 (consoante Fato Relevante às fls. 986) e que tinha por base os indicadores financeiros à época existentes para os fins a que se destinava: adequação de sua estrutura de capital. Ou seja, a emissão de debêntures conversíveis em ações por parte da IMPUGNANTE alteraria as bases nas quais a OFERTA PÚBLICA foi aprovada e retardaria a colocação das ações.

Além do fato acima mencionado, seria complexa a adequação da preservação do direito de preferência dos acionistas da IMPUGNANTE relacionados à conversibilidade das debentures com a OFERTA PÚBLICA.

Diante dos inconvenientes acima mencionados e da inexistência de impeditivos para que METALÚRGICA emitisse debêntures não conversíveis com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da IMPUGNANTE¹, a utilização de recursos econômicos pelo GRUPO GERDAU na aquisição das ações de VILLARES foi dividida em duas etapas: (i) emissão de debêntures por METALÚRGICA, com as referidas características; e (ii) posterior entrega de ações de emissão da IMPUGNANTE a METALÚRGICA, por meio de GERDAU BG, praticamente uma subsidiária integral da METALÚRGICA. Foi isso que ocorreu na reestruturação do GRUPO GERDAU, que foi engendrada de forma a produzir os mesmos resultados que produziria a aquisição direta de VILLARES pela IMPUGNANTE, inclusive - evidentemente - no que diz respeito ao aproveitamento fiscal do ágio.

No que se refere ao item "ii" acima, como consequência da incorporação de PRONTOFER, a IMPUGNANTE emitiu novas ações ordinárias e preferenciais no montante total de R\$ 1.322.075.681,00 (equivalente ao valor de PLC de PRONTOFER), as quais foram integralmente atribuídas aos acionistas de PRONTOFER (basicamente GERDAU BG).

Como resultado da concentração do segmento de ações especiais na IMPUGNANTE, ela entregou ações de sua emissão a GERDAU BG, ou seja, a METALÚRGICA, indiretamente. Assim, os investimentos representativos de 28,88% do capital de VILLARES chegaram à IMPUGNANTE - à sociedade que deveria tê-los adquirido diretamente - em contrapartida da emissão de ações, entregues à METALÚRGICA para que ela recuperasse os custos incorridos na aquisição das ações de VILLARES transferidas a GERDAU. Em última análise,

¹ Enquanto que a OFERTA PÚBLICA foi aprovada para adequar a estrutura de capitais da IMPUGNANTE, o aumento de capital de METALÚRGICA - também objeto de Oferta Pública de Distribuição Primária -, por outro lado, havia sido dimensionado exclusivamente para atender a seu direito de preferência na subscrição de ações a serem emitidas pela IMPUGNANTE no âmbito da OFERTA PÚBLICA.

portanto, o ônus econômico da aquisição de investimentos em VILLARES foi suportado pela IMPUGNANTE.

Assim, a aquisição das ações de VILLARES por METALÚRGICA seguida de uma série de operações, dentre elas a transferência desse investimento a PRONTOFER, se deu justamente para contornar os momentâneos inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos pela IMPUGNANTE. A reestruturação fez com que o GRUPO GERDAU ficasse na situação que estaria se as ações de VILLARES tivessem sido, desde o início, adquiridas pela IMPUGNANTE, acaso não existissem todos os inconvenientes acima mencionados.”

Acrescenta comentários sobre a legislação que rege a matéria, procedimentos de privatização, economia, decisões administrativas, etc, concluindo que:

*“Em suma, mesmo que tivesse sido utilizada com o único objetivo de propiciar o aproveitamento fiscal do ágio - futo não ocorrido no caso concreto -, PRONTOFER teria participado da reestruturação apenas para viabilizar o aproveitamento de vantagem fiscal expressamente autorizada por lei: a Lei nº 9.532/97. **Muito embora não tenha sido este o caso**, tal procedimento apenas refletiria uma opção pela utilização de tratamento fiscal expressamente disciplinado pela Lei nº 9.532/97.”*

Dando sequência aos seus argumentos, aborda o que entende ter sido o segundo argumento utilizado pela fiscalização para glosar a dedutibilidade das despesas.

“O segundo argumento utilizado pela fiscalização para glosar a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio vinculado aos investimentos de VILLARES consiste na alegada impossibilidade do registro de ágio vinculado às ações de VILLARES por ocasião do aumento de capital de PRONTOFER em razão de se tratar de operação realizada intragrupo, nos termos do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e da Orientação do Comitê de pronunciamentos Contábeis (“OCPC”) nº 02, de 02.10.2009, inaplicáveis à situação em análise, como se verá adiante.”

Reportando-se a trecho do TVF quando a fiscalização recorre a Nota Explicativa da CVM, assinala:

“A referida Nota Explicativa detalha os procedimentos que devem ser observados pelas companhias abertas nas reestruturações previstas pela Lei nº 9.532/97, com ênfase para as incorporações precedidas da criação de veículos, tendo atribuído valor específico à economia fiscal que, nas incorporações inversas, o controlador transfere à controlada. Ou seja, reconhece a existência de ágio nas operações do gênero e atribui-lhe efeitos fiscais na subsequente incorporação do veículo.

Pode-se, assim, afirmar que a própria CVM, reconhece a legitimidade do registro de ágio por ocasião da transferência de investimentos a uma empresa veículo.

E nem poderia ser diferente, uma vez que o registro do ágio atrelado às ações de VILLARES por ocasião de seu conferimento a PRONTOFER decorrem da própria aplicação do método de equivalência patrimonial ("MEP"). Com efeito, sob a perspectiva da pessoa jurídica que tem o capital aumentado (PRONTOFER, no caso), o custo de aquisição do ativo recebido equivale ao valor das ações emitidas (e entregues) ao subscritor, pois essas ações constituem a moeda de pagamento da transação.

O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 - invocado pela fiscalização -reconhece expressamente o acerto jurídico do registro do ágio por ocasião do recebimento de investimentos em realização de aumento de capital, ao afirmar que tais operações "atendem integralmente os requisitos necessários, do ponto de vista econômico-contábil". O referido ato normativo, porém, justifica a rejeição de tal registro em caso de vício diretamente relacionado à formação do ágio: a inexistência de processo de negociação entre partes independentes apto a resultar em um preço justo de mercado".

Depois de outras considerações aduz que ainda se considerasse tratar-se de “ágio interno” não havia no período autuado, qualquer dispositivo legal que negasse a dedutibilidade.

5. Inexistência de norma que determine adição de despesas com amortização de ágio ao lucro líquido para fins de apuração da base de cálculo da CSL

Entre os diversos argumentos, assevera que nem todas as normas do IRPJ são aplicáveis automaticamente à CSLL.

6. Do descabimento da cobrança das multas isoladas.

Defende que, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, decaiu o direito de cobrar os créditos tributários relativos a multas isoladas referentes aos meses de março, junho e julho de 2011, tendo sido cientificada em 16/12/2011.

Neste mesmo tópico entende que a descrição da suposta infração decorrente de uma glosa de despesas com amortização de ágio não guarda qualquer pertinência com as justificativas apresentadas na secção 6.1 do TVF, uma vez que a fiscalização afirma que a irregularidade por falta de recolhimento de estimativas mensais seria consequência de uma “glosa de despesas de juros calculadas sobre os bônus e o lançamento da diferença de variação cambial positiva”.

Complementa que é improcedente a exigência de multa isolada na hipótese em que o contribuinte apura resultado negativo ao final do ano-calendário.

Finalizando este tópico, ressalta que a cobrança de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas também não seria devida por violar o CTN, especificamente o art. 97, V, combinado com o art. 113.

7. Da retificação dos montantes das multas isoladas exigidas nos autos.

Neste último tópico defende que, na eventualidade de os autos serem mantidos e mantidas as multas aplicadas, o que se admite apenas para fins de

argumentação, eles devem ser retificados, de forma que as multas isoladas sejam reduzidas em razão do saldo de prejuízos fiscais e bases negativas acumulados e também de despesas relacionadas ao PAT.

Acompanham a peça de defesa os seguintes documentos: procuração, documentos de identificação, atas, estatutos sociais, declarações de informações econômico-fiscais, livros de apuração do Lucro Real e balanço patrimonial.

Da decisão da DRJ:

A ementa da decisão é a seguinte:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio, ainda que a reorganização societária tenha sido realizada por meio de empresa veículo, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2011

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE

Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Da análise da análise do voto condutor da decisão *a quo*, que foi acompanhado por unanimidade pelo seus pares, destaca-se os seguintes pontos que fundamentam seu voto:

- destaca que o ponto central da discussão é a legitimidade (ou não) da utilização da empresa Prontofer (tida pelo fisco como empresa veículo) com o único propósito de criar as condições exigidas pela lei para a amortização fiscal do ágio;
- não resta dúvidas que a contribuinte Gerdau efetivamente pagou o ágio da empresa Villares;
- entende que não é condenável a alienação intragrupo de determinado investimento com ágio, e o que se repugna é a simulação e o abuso de direito;
- cita excertos de acórdãos sobre o tema (1201-001.554, 1402-001.472, 1101-000.835);
- ao final conclui:

Por tudo que foi examinado, afasto a ocorrência de qualquer abuso de direito praticado pela impugnante, bem como, na legislação de regência, não encontro fundamento válido para impor-se a glosa unicamente porque o contribuinte realizou estruturação societária que, ao final, não restou demonstrado ter havido nem mesmo elisão tributária.

Do Recurso de Ofício:

Em virtude do valor do crédito tributário exonerado na decisão *a quo*, cabe o RECURSO DE OFÍCIO nos termos da atualmente vigente Portaria MF nº 63/2017.

Não foram apresentadas contrarrazões, nem pelo contribuinte, nem pela PGFN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges - Relator

Do Recurso de Ofício, em virtude do montante da exoneração promovida cabe o seu conhecimento.

Das operações em litígio

Conforme acima relatado, a questão se centra na utilização de uma, comumente chamada, empresa-veículo, no caso Prontofer Serviços de Construção Ltda. para viabilizar a utilização do ágio envolvido entre a contribuinte Gerdau S/A e a Aços Villares S/A.

A operação formadora do ágio inicial foi inicialmente válida, realizada entre partes independentes - Metalúrgica Gerdau S/A e BNDESPAR com efetivo desembolso de numerário, com a compra da participação de 28,9% na Aços Villares S.A..

Contudo, no segundo momento, via subscrição de ações, a participação societária na Aços Villares S/A foi transferida para a supracitada empresa veículo - Prontofer.

A Prontofer acabou sendo incorporada logo em seguida (30 dias após, em 30/12/2010) por outra empresa do grupo - Gerdau S/A (a autuada), que também incorporou por consequência a Aços Villares S/A, e passou a amortizar o ágio.

Sucintamente, a operação envolvida é essa, e todo o detalhamento consta no relatório acima e nos autos.

Sofrendo autuação e respectiva glosa do valor amortizado, a Gerdau S/A impugnou, o que lhe foi dado razão pelo primeiro grau administrativo, por entender legalmente válida tal operação.

Passo a analisar o caso.

- Legislação tributária quanto à amortização de ágio

Considerando que a autuação em litígio refere-se à amortização de ágio decorrente de participação societária adquirida por preço superior ao do Patrimônio Líquido da investida, cabe, primeiramente, uma análise da legislação que rege a matéria.

Nos termos do art. 25 combinado com o art. 20 do Decreto-lei nº 1598, de 1977, que dão suporte aos artigos 385 e 391 do RIR/99, respectivamente, a regra geral é a indedutibilidade das contrapartidas da amortização de ágio:

Decreto-lei nº 1.598/1977

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

I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 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.

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

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. ”

(...)

“Art. 25 As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

Contudo, o inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, que passou a produzir efeitos em 01/01/1998, autoriza o contribuinte que incorporou sociedade na qual detinha participação societária adquirida com ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, cujo fundamento econômico seja o da expectativa de rentabilidade futura da investida, a amortizar referido ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação. O artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, fundamento legal do art. 386 do RIR/99, assim dispõe:

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

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

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

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

(...)

Destarte, as condições de dedutibilidade do ágio devem, portanto, ser observadas, quais sejam: absorção do patrimônio de pessoa jurídica na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura.

Ou seja, o aproveitamento do ágio decorre de regras especiais e o respectivo cumprimento. Assim, a regra geral é que o ágio é indedutível - não implementadas tais regras, não é possível a dedução.

Da análise do caso concreto:

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 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 praticamente estava operacionalmente 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 um 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:

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 ATALIBA²

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, fez 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 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

² Cf. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 51 e segs.

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 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. SCHOUERI, 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. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

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:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

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.

Intimada durante o procedimento fiscal a informar qual foi o propósito negocial da operação de compra da participação de 28,9% na Aços Villares, a contribuinte autuada informa que:

Dita aquisição teve por propósito negociai: i) consolidar a participação direta e indireta no Capital Social da Aços Villares S.A., aumentando a participação de 58,4% para 87,3%; ii) extinguir o Acordo de Acionistas da Aços Villares S.A., por deixar de ter o seu controle compartilhado entre o Grupo Gerdau e o BNDESPAR; iii) atratividade da oportunidade de investimento no setor siderúrgico, com condições de financiamento adequadas; e iv) realizar o seu objeto social, qual seja, o de participar no capital de outras sociedades, especialmente do setor siderúrgico.

Note que são propósitos negociais muito específicos, próprios de seus objetivos negociais, sem ser decorrente de uma imposição regulamentar de setor ou algo equivalente.

Aos 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. O que não se admite é criar situações artificiais que visam à economia tributária primordialmente, tentando trazer, como traz na sua peça impugnatória, justificativas negociais para agir assim.

As eventuais necessidades negociais peculiares, que não estão previstas no ordenamento tributário, não podem ter repercussão na esfera fiscal.

Por conseguinte, dado o todo exposto acima, DOU PROVIMENTO ao recurso de ofício.

Conclusão

Diante de todo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de ofício, devendo os autos retornar ao colegiado *a quo* para apreciação das demais questões constantes na peça impugnatória.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges