MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16682.722732/2016-38

Processo nº	16682.722732/2016-38
Recurso	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-006.938 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de	7 de maio de 2024
Recorrente	GERDAU S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Ano-calendário: 2011

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DEDUÇÃO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE INVESTIDOR E INVESTIDA. NÃO CONHECIMENTO.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. No primeiro paradigma, as operações foram realizadas num contexto de privatizações, enquanto o segundo paradigma tratou da matéria deduzida apenas para se contrapor a argumento subsidiário, características inexistentes no acórdão recorrido.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DEDUÇÃO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. SUPOSTAS RAZÕES NÃO TRIBUTÁRIAS - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. Enquanto os paradigmas se estearam na tese de que razões negociais são aptas para infirmar a autuação, o recorrido não reconheceu sequer a existência de razões negociais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, sendo: (i) por maioria de votos em relação à 1ª matéria *(legitimidade da amortização do ágio transferido a para empresa veículo – ausência de confusão patrimonial)*, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior que conheciam e, (ii) por voto de qualidade em relação à 2ª matéria (*legitimidade de reestruturação societária implementada em razão de propósitos negociais que não decorram necessariamente de "imposição regulamentar de setor ou algo equivalente*), vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, que conheciam. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

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

Relatório

A recorrente, inconformada com a decisão proferida, por meio do Acórdão nº 1402-003.700, ratificado pelo Acórdão de Embargos nº 1402-004.443, interpôs, tempestivamente, recurso especial de divergência com julgados de outros colegiados, em relação a duas matérias: (i) ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS PREVISTOS PELOS ARTS. 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97 **(dedutibilidade da amortização de ágio em face da utilização de empresa-veículo/real adquirente)** e (ii) LEGITIMIDADE DE REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA IMPLEMENTADA EM RAZÃO DE PROPÓSITOS NEGOCIAIS QUE NÃO DECORRAM NECESSARIAMENTE DE "IMPOSIÇÃO REGULAMENTAR DE SETOR OU ALGO EQUIVALENTE (**razões não tributárias para o aproveitamento da amortização de ágio).**

A **ementa do acórdão recorrido** apresenta a seguinte redação:

> 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.

Em relação à primeira divergência, foram oferecidos os acórdãos paradigmas nº 1201-002.728 e 1301-002.009, assim ementados:

Original

AC nº 1201-002.728

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei n° 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio. IRPJ.

CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

AC nº 1301-002.009

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veiculo e de incorporação reversa, por si sós, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Já, em relação à segunda divergência, foram ofertados também dois acórdãos paradigma, de nº 1401-004.192 e de nº 1302-003.337, cuja ementa, relativamente à parte relevante para a lide, se segue:

"GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DEDUTIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE.

A utilização de empresa-veiculo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

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

Original

Por meio do despacho de fls. 2.833-2.846, foi dado seguimento ao recurso em relação às duas divergências e em face dos respectivos paradigmas.

Foram apresentadas contrarrazões tempestivas pela Fazenda Nacional (fls. 2.848-2.863), por meio das quais não contesta o conhecimento, mas apenas o mérito, que é bem representado pelo excerto abaixo transcrito:

> Diante do exposto, revela-se que a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais rejeita a possibilidade de "transferência" do ágio em operações internas subsequentes à aquisição da participação societária junto a terceiros.
>
> E o faz com razão, pois a amortização fiscal do ágio não é um benefício fiscal a que o contribuinte que o paga tenha "direito", e sim uma consequência de uma situação peculiar e específica que faz com que a rentabilidade futura que motivou o pagamento do ágio passe a corresponder aos lucros auferidos pela própria pessoa que o pagou e registrou orginalmente, em operação perante terceiros.
>
> Esta pessoa, no caso em tela, seria a METAL, sendo que a GERDAU não efetivou qualquer transação com terceiros a respeito da aquisição de 28,88% das ações da VILLARES, operação ocorrida em 09/06/2008 e que deu causa ao ágio em questão.
>
> 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 – a peculiaridade da forma de pagamento não altera a constatação de que foi a METAL quem empreendeu esforços financeiros e comprometeu patrimônio para adquirir VILLARES de terceiros, pagando pela expectativa de rentabilidade futura.
>
> A "transferência" do ágio realizada entre as empresas do grupo GERDAU não teve o condão de extinguir, na real adquirente (METAL), o investimento adquirido – ele apenas passou, com o tempo, a responder por outras denominações: primeiro VILLARES; depois PRONTOFER; depois GERDAU BG PAR. Ao fim de tudo, METAL manteve sob si o investimento em VILLARES adquirido de BNDESPAR, por intermédio de GERDAU BG PAR, que controlava a recorrente, que incorporou VILLARES.
>
> (...)
>
> Verifica-se que este procedimento não extinguiu, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Relator.

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

Com relação à primeira divergência, no recorrido, o voto condutor manteve a autuação em razão do emprego de empresa-veículo e de que a real investidora ter sido sociedade

Original

diversa daquela que promoveu a incorporação. Assim, conclui que a amortização de ágio só seria válida se realizada entre a investidora originária.

Já, no paradigma nº 1201-002.728, as operações foram promovidas no contexto das privatizações de patrimônio público, aspecto que foi considerado na formação da decisão colegiada. Desse modo, não há similaridade entre os quadros fáticos dos dois acórdãos a suscitar dissídio jurisprudencial.

Por seu turno, o paradigma nº 1301-002.009 trata da matéria deduzida em dissídio jurisprudencial relativamente à adoção de empresa-veículo de forma superficial, com o fito exclusivo de confrontar argumento subsidiário da decisão de primeiro grau, em face do fundamento principal de ágio interno, o que também impede a comparação entre os acórdãos decidido e paradigma.

Quanto à segunda divergência, o despacho transcreveu as razões recursais para concluir que:

> As decisões cotejadas examinaram situações em que o ágio foi gerado entre partes independentes. E, realmente, enquanto o acórdão recorrido concluiu que somente propósitos negociais que decorressem "de uma imposição regulamentar de setor ou algo equivalente" poderiam justificar o aproveitamento fiscal de ágio envolvendo a sua transferência a outra empresa em aumento de capital, os paradigmas entenderam que propósitos negociais ligados aos interesses dos alienantes seriam suficientes para justificar a realização de reestruturação societária com tais características, e, consequentemente, admitiram a dedução do ágio.

Com a devida vênia, discordo do entendimento do despacho.

A ementa é cristalina no sentido de que o julgado, ao analisar as operações, entendeu que inexistiram quaisquer propósitos negociais na transferência da participação societária com a consequente amortização do ágio dentro do Grupo Gerdau. Transcrevo a ementa com o destaque do trecho em que tal assertiva está clara:

> 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.

No voto condutor, o relator deixa claro que inexistiu qualquer propósito na intercalação da empresa veículo Prontofer:

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

Os supostos propósitos negociais são alegados pela contribuinte na sua peça de impugnação, nos seguintes termos:

Original

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 IMPUGNANTE, 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 aços 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 têlos 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, 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.**"

(Destaques originais)

Original

Quando o acórdão recorrido trata de razões negociais, não se refere a nenhuma das oferecidas pelo contribuinte em sua defesa quanto à utilização da qualificada empresa veículo. Abaixo, transcrevo integralmente o trecho em que o voto condutor trata do tema:

> 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 extrapolarem 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 é ter repercussão na esfera fiscal.

Destaquem-se três pontos: (i) o julgador se refere a razões oferecidas pelo contribuinte na fase de fiscalização e não por ocasião da impugnação administrativa; (ii) perquirem-se as razões para a aquisição da participação na Aços Villares, nada mais; (iii) os propósitos negociais apresentados dizem respeito ao interesse do grupo na aquisição da participação; e (iv) não há qualquer menção a qualquer razão para a interveniência da empresa veículo.

Enfim, o que se afere do acórdão recorrido é que este não tratou de qualquer propósito negocial que alegadamente se referisse à necessidade de se intercalar a empresa veículo.

Apesar de ter embargado o acórdão, o contribuinte também não aponta essa suposta omissão.

Para haver divergência interpretativa, seria necessário que o acórdão tivesse estabelecido o fato de que havia propósitos negociais não advindos de qualquer imposição normativa, mas que tais propósitos não afastariam as razões da acusação fiscal.

Desse modo, meu voto é por não conhecer também da segunda divergência.

Conclusão

Original

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

O ágio na aquisição de Aços Villares S/A (VILLARES) foi pago por Metalúrgica Gerdau S/A (METAL), mas transferido a Prontofer Serviços de Construções Ltda (PRONTOFER), que foi incorporada pela Contribuinte (GERDAU), também incorporadora de VILLARES, operações estas que não se prestam a transferir ágio pago por METAL em VILLARES para amortização pela Contribuinte GERDAU. O ágio surgido na operação intragrupo não seria passível de amortização fiscal e a participação em VILLARES adquirida com ágio foi mantida, ainda que indiretamente, em METAL.

Vale o destaque dos termos da acusação fiscal:

> 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.
>
> [...]
>
> 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 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

Original

> 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.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> 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.

A autoridade julgadora de 1ª instância observou que *as considerações sobre ágio interno são apenas teóricas, uma vez que, no caso concreto, o ágio não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim entre partes independentes*, e afastou *a ocorrência de qualquer abuso de direito* no uso da empresa veículo, afirmando inexistir *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*.

O Colegiado *a quo*, por sua vez, por voto de qualidade, deu provimento ao recurso de ofício, consignando-se na ementa que *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*. Os fatos foram assim abordados no voto condutor do acórdão recorrido:

> 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.

Original

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

A Contribuinte opôs embargos de declaração apontando contradições, vez que: i) *ao manter os AUTOS sob o argumento de que o ágio deve ser amortizado pela pessoa jurídica que suportou o ônus financeiro da aquisição do investimento, o ACÓRDÃO EMBARGADO incorre em flagrante contradição na medida em que a EMBARGANTE foi quem suportou financeiramente a aquisição dos investimentos em VILLARES*; e ii) também *os efeitos fiscais da transferência dos investimentos em VILLARES a PRONTOFER devem ser rejeitados, assim como os demais atos da reestruturação, por serem artificiais e, com isso, a EMBARGANTE seria a real adquirente dos investimentos em VILLARES pois essa foi a real intenção do GRUPO GERDAU.* Contudo, estas duas alegações não tiveram seguimento no exame de admissibilidade dos embargos, porque evidenciariam contradição externa, e o voto condutor do acórdão recorrido expressa o entendimento de *que a real investidora é a empresa Metalúrgica Gerdau S/A, e não Gerdau S.A.*

Os embargos tiveram seguimento apenas com respeito a omissões *quanto à inaplicabilidade do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e da OCPC nº 02/2009* e *à CSLL* mas, no Acórdão nº 1402-004.443, o Colegiado *a quo* rejeitou os embargos porque os temas estariam contemplados dentre aqueles devolvidos para apreciação da autoridade julgadora de 1ª instância.

Em seu recurso especial, a Contribuinte reafirma a existência de *momentâneos obstáculos negociais existentes para a emissão de valores mobiliários por parte da própria RECORRENTE* para aquisição das ações de VILLARES junto a BNDES Participações S/A (BNDESPAR), e que assim foram pagas *mediante a emissão de debêntures com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da RECORRENTE*.

Confrontando o entendimento do Colegiado *a quo,* no sentido de que as amortizações do ágio somente seriam dedutíveis em caso de confusão patrimonial envolvendo a investidora originária (METAL), a Contribuinte deduziu a divergência jurisprudencial *quanto ao atendimento dos pressupostos previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97*, indicando o paradigma nº 1201-002.728, segundo o qual *o uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio*, em contexto no qual o *ágio teria sido "indevidamente transferido do real investidor, por meio da interposição de empresa veículo, o que impediu a necessária confusão patrimonial entre a empresa investidora e a empresa investida"*. Também foi indicado o paradigma nº 1301-002.009, no qual se *considerou válido o seu aproveitamento fiscal em decorrência da incorporação entre a investida – cuja aquisição deu origem ao pagamento do ágio – e pessoa jurídica recém constituída e para a qual a investida foi transferida pela "investidora originária"*, inclusive com a ressalva de que esta

Original

opção vislumbrada em face dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 *não se restringem ao contexto das privatizações*.

O paradigma nº 1201-002.728 tratou da aquisição de CTEEP – Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista em leilão de privatização e em oferta pública de ações. Isa Capital do Brasil S/A figurou como adquirente e depois transferiu o investimento adquirido para Isa Participações do Brasil Ltda, que foi incorporada pela adquirida. Na demonstração do dissídio jurisprudencial, a Contribuinte destaca excertos do voto vencedor do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli que abordam a temática de forma geral, na qual está destacado que o legislador *vinculou a dedutibilidade do ágio por ocasião do evento de incorporação, fusão ou cisão entre a empresa que detém o investimento e a empresa investida, e nada mais!!!*. Contudo, depois de apresentar as objeções aos questionamentos acerca da interposição de "empresa considerada veículo" em tais operações, o redator do voto vencedor consigna:

> Chama atenção, ainda, que nesse caso particular restou demonstrado que a incorporação da ISA CAPITAL pela Recorrente implicaria a transferência das dívidas daquela, o que, além de prejudicar os sócios minoritários, caracterizaria exercício abusivo do poder de controle, nos termos do artigo 15 da IN CVM 319/99 até então vigente e que possuía a seguinte redação:
>
> [...]
>
> Não bastasse esse impedimento de ordem societária, a operação de incorporação direta encontrava outro empecilho, de ordem regulatória, qual seja, a colocação em risco da capacidade financeira da Concessionária em face da transferência da dívida contraída para o pagamento do preço de aquisição.

E, na sequência, é referido o relevo destes pontos na apreciação da operação por este Colegiado no Acórdão nº 9101-003.609, recorrentemente rejeitado por este Colegiado em dissídios jurisprudenciais semelhantes, quando a operação analisada não apresenta circunstâncias regulatórias impeditivas da incorporação direta da investida pela adquirente original.

Como a divergência jurisprudencial se estabelece em face da decisão do Colegiado, não se pode negar que os argumentos adicionais acima referidos tenham sido determinantes para o outro Colegiado do CARF, por maioria de votos, ter admitido a dedutibilidade das amortizações do ágio em questão, transferido para a pessoa jurídica incorporada pela investida. Adicione-se, ainda, que os mencionados *momentâneos obstáculos negociais existentes* para GERDAU figurar originalmente como adquirente de VILLARES não foram confrontados pelo Colegiado *a quo* e esta omissão foi deduzida como contradição em sede de embargos e, sob esta ótica, rejeitada. Assim, não é possível sequer cogitar de eventual similitude entre os casos em face de tais *obstáculos negociais* para a operação se realizar de outra forma.

O paradigma nº 1301-002.009, por sua vez, antes de veicular a abordagem invocada pela Contribuinte acerca da possibilidade de transferência de ágio, confronta a acusação fiscal de "ágio interno" ou "ágio de si mesmo" e conclui:

> Como se viu no relatório, tanto a Autoridade Lançadora quanto a Turma Julgadora em primeira instância caracterizaram esse ágio como sendo "ágio interno", também chamado "ágio de si mesmo". A partir desse principal fundamento, por entender indedutível e simulado o ágio assim gerado, o acórdão recorrido manteve a autuação, inclusive a multa de ofício qualificada (150%).

Original

> [...]
>
> Afastada (de acordo com os conceitos aqui expostos) a acusação de tratar-se de "ágio interno", é de se verificar se as operações societárias ocorridas entre a formação do ágio (na Cie Autometal) e sua transferência e amortização pela autuada Metalúrgica Nakayone ocorreram de acordo com o que prescreve a lei.
>
> Do exame do acórdão recorrido, observa-se que busca apoio na figura do abuso de direito, a noção de que o direito deve ser exercido em conformidade com o seu destino social e na proporção do interesse de seu titular. Após reconhecer que não existe critério objetivo para se determinar previamente o que seria abuso, o julgador *a quo* conclui que *"a despeito de a impugnante justificar o ágio como decorrente de reestruturação societária, revela-se predominante a motivação tributária para o melhor aproveitamento econômico do ágio no sentido de reduzir o pagamento do IRPJ e da CSLL, consubstanciado na prática de negócios jurídicos formalmente lícitos com vistas a economia de tributos, esquivando-se de modo habilidoso da incidência da norma tributária*".
>
> Em última análise, portanto, a Turma Julgadora em primeira instância considerou que as operações praticadas para transferir o ágio (já que sua criação, a meu ver, já foi demonstrada correta) não estariam de acordo com o melhor direito (seriam abuso), visto que voltadas predominantemente para a economia tributária. Tais operações envolvem o uso *de "empresa veículo" e "incorporação reversa*".
>
> Não é como penso. De se observar que a situação de uma *"empresa veículo"*, criada especialmente para permitir a aquisição de um investimento, é facilmente verificada nas operações de privatização. Há mesmo consenso de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram editados com o objetivo de facilitar o processo de privatização de empresas estatais, permitindo às empresas investidoras recuperar parte do investimento mediante a redução da carga tributária, o que, como contrapartida, permitiria que os valores oferecidos ao Estado na aquisição das empresas estatais fossem maiores. Isso, sem prejuízo dos ativos intangíveis das estatais privatizadas. Vários foram os casos de amortização de ágio no processo de privatização analisados por este CARF, sendo as conclusões no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de "empresas veículo". O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, e nesse contexto se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.
>
> Pois bem. Não me parece que se possa limitar o uso de tais empresas veículo nem de incorporação reversa exclusivamente ao contexto das privatizações. O texto legal não traz qualquer limitação nesse sentido, estabelecendo tão somente as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio. Parece-me exagerado qualificar como abuso de direito a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária.
>
> Nessa linha de raciocínio, voto pelo provimento do recurso voluntário.

O detalhamento da primeira parte da análise que resulta na conclusão de que o ágio surge de uma aquisição entre partes relacionadas confirma que a segunda parte acima transcrita, em abordagem superficial do tema, se prestava apenas a confrontar argumento subsidiário deduzido no julgamento de 1ª instância. O relatório traz a apuração fiscal a partir da declaração das pessoas físicas titulares de Metalúrgica Nakayone Ltda de que *não receberam qualquer valor financeiro e que sua retirada do grupo Nakayone deu-se por permuta de investimentos societários*, e a conclusão para a glosa *sob o fundamento de que ficou caracterizada a utilização de empresa veículo para transferência de ágio de si mesma à incorporadora*.

Original

Assim, também neste segundo paradigma há circunstâncias fáticas substancialmente distintas e que podem ter determinando a decisão, à unanimidade, de cancelar a exigência veiculada no paradigma. Esclareça-se que a acusação fiscal nestes autos também trazia a menção de que o ágio surgido na transferência das participações societárias adquiridas por METAL para PRONTOFER teria se formado internamente ao grupo econômico. Mas isto em construção argumentativa inversa à apreciada no paradigma, sendo que este argumento subsidiário sequer foi examinado no acórdão recorrido, que tomou o argumento principal – falta de participação de METAL na confusão patrimonial que antecede a amortização fiscal do ágio – como suficiente para reversão da decisão de 1ª instância e restabelecimento das glosas.

Tais dessemelhanças impedem a formação do dissídio jurisprudencial.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexiste tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

> Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é "tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência" ou que se "agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente" (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Estas as razões para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte nesta primeira matéria.

O recurso especial da Contribuinte também teve seguimento na *divergência jurisprudencial quanto à legitimidade de reestruturação societária implementada em razão de propósitos negociais que não decorram necessariamente de "imposição regulamentar de setor ou algo equivalente*. Contudo, como bem exposto pelo I. Relator, a premissa do acórdão recorrido é que não foi demonstrada *qualquer finalidade negocial ou societária* a justificar a utilização da "empresa-veículo".

A Contribuinte erige a divergência jurisprudencial a partir da sua justificativa, apresentada ao longo do litígio, de que houve *razões de ordem extra fiscal, que estavam diretamente relacionadas aos obstáculos negociais então existentes para a emissão de debêntures conversíveis em ações pela RECORRENTE*. Contudo, como bem anotado em seu

Original

recurso especial, no acórdão recorrido não foi *levado em considerações que justificaram a aquisição de VILLARES pela METALÚRGICA.*

Como antes demonstrado, houve oposição de embargos de declaração acerca desta omissão, mas o tema foi arguido sob a ótica de contradição, e assim rejeitado por configurar contradição externa, e não interna ao acórdão embargado.

Ainda, como bem esclarecido pelo I. Relator, no ponto em que o voto condutor do acórdão recorrido analisa o propósito negocial suscitado pela Contribuinte, teve-se em conta justificativas para a aquisição em si, e não para a forma como ela se processou. Veja-se:

> 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 extrapolarem 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 é ter repercussão na esfera fiscal.

Em tais circunstâncias, não há prequestionamento quanto à estrutura adotada ser admissível em face da *existência de obstáculos para que a própria aquisição dos investimentos fosse realizada diretamente pela pessoa jurídica do grupo societário que viria a a se unir com a investida, em processo de incorporação*, para evidenciação de divergência jurisprudencial perante o paradigma nº 1401-004.192, que admitiu as operações realizadas *em razão de existência de inconvenientes negociais para que a WEL figurasse como adquirente das ações da TRAFO*, e do paradigma nº 1302-003.337, na parte em que se referiu *a "necessidade de viabilizar o pagamento de 24% do preço em participação na ABnote" para considerar legítima a reestruturação societária então implementada*, dada a *condição estabelecida pelos ex-sócios da Interprint de receber parte do valor da venda da empresa em títulos mobiliários da adquirente (ações da Unicert*).

Por tais razões, esta Conselheira concorda com o I. Relator quanto ao fato de o acórdão recorrido não ter tratado do propósito negocial alegado, e tal omissão não ter sido apontada em sede de embargos de declaração. Resulta, daí, a falta de prequestionamento do tema que a Contribuinte pretende rediscutir em sede de recurso especial, o que impõe o NÃO CONHECIMENTO do recurso especial também nesta segunda matéria.

Original

(*documento assinado digitalmente*)

Edeli Pereira Bessa