



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

Processo nº 19515.723108/2013-25
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 1301-002.183 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2017
Matéria ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2008, 2009, 2010

ERRO NA IMPUTAÇÃO FÁTICA. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Não procede o lançamento tributário quando a Fiscalização comete erro na imputação fática.

RECURSO EX OFFICIO. REEXAME A PEDIDO DA RECORRIDA. DESEQUILÍBRIO DE ARMAS. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode reapreciar a questão referente à homologação expressa acerca dos fatos que originaram o ágio, trazida à baila pela Recorrida em suas contrarrazões com o pedido de reconhecimento da decadência, já que a tese centrada nos efeitos do tempo sobre o direito potestativo do Estado de efetuar o lançamento tributário não constituiu fundamento para a anulação dos autos de infração. Admitir o contrário implicaria autorizar o desequilíbrio de armas entre a Recorrida e a Fazenda Pública, porquanto a posição desta última, no recurso *ex officio*, não lhe facultava meios objetivos de previamente conhecer teses-surpresa que poderiam surgir nas contrarrazões para, à vista disso, adequadamente compor argumentos contrários.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

GANHO OU PERDA DE CAPITAL NA VARIAÇÃO DO PERCENTUAL DO CAPITAL. ENTRADA DE SÓCIO NOVO. IMPROCEDÊNCIA DA CAPITULAÇÃO NO ARTIGO 428 DO RIR/99.

O ganho ou a perda de capital a que se refere o artigo 428 do RIR/99 decorre da variação do percentual de participação daquele investidor que, no momento imediatamente anterior à subscrição, já mantinha investimento na pessoa jurídica investida. Portanto, o artigo 428 só é aplicável a acionista que já participava do capital social da investida, no instante imediatamente

anterior à subscrição de capital. Ou seja, a regra do artigo 428 do RIR/99 não pode ser aplicada a investidor novo, aquele que subscreve capital pela primeira vez na pessoa jurídica, afinal é intuitivo que, nesse caso, não há que se falar em variação do percentual de participação no capital, pois não havia participação anterior.

PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO. Atas de assembleias societárias, registros no Livro de Transferências de Ações Nominativas, previsão contratual e assentos contábeis são elementos suficientes à comprovação de aquisição de participação societária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício, vencidos os Conselheiros Flávio Franco Corrêa e Milene de Araújo Macedo, que davam provimento parcial para restabelecer a infração II, e o Conselheiro Roberto Silva Júnior, que dava provimento parcial para restabelecer a infração I e, parcialmente, também a infração II. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(documento assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa- Relator.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Marcelo Malagoli da Silva e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício contra decisão da DRJ/Rio de Janeiro, às fls. 4.329/4.365, que julgou procedente a impugnação apresentada por Companhia Siderúrgica Nacional para hostilizar autos de infração de IRPJ e CSLL.

Pela clareza do relatório do órgão a quo, às fls. 4.331/4.341, aproveito a ocasião para reproduzi-lo, adotando-o, *verbis*:

“Em síntese, as infrações que geraram o auto de infração em referência foram:

1.1) Exclusão indevida, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de parcela contabilizada a título de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pelo PL – (infração registrada, no TVF, como referente ao “fato I”)

A amortização tida como indevida foi realizada pela Galvasud e pela própria CSN, nos períodos e valores abaixo:

<i>Período</i>	<i>Exclusão indevida</i>	<i>Pessoa Jurídica</i>
<i>4º trim/2008</i>	8.790.226,65	Galvasud
<i>1º trim/2009</i>	8.790.226,65	Galvasud
<i>2º trim/2009</i>	8.790.226,65	Galvasud
<i>3º trim/2009</i>	8.790.226,65	Galvasud
<i>4º trim/2009</i>	8.790.226,65	Galvasud
<i>2010</i>	3.278.086,78	Galvasud/CSN

1.2) Amortização indevida (efetuada como despesa ou exclusão ao lucro real e à base de cálculo da CSLL, conforme o período de apuração), de parcela contabilizada a título de ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pelo PL – (infração registrada, no TVF, como referente ao “fato II”)

As amortizações tidas como indevidas foram realizadas entre out/2008 a jan/2010 pela Galvasud nos valores e períodos abaixo:

Período	Despesa indedutível	Exclusão indevida	Pessoa jurídica
4º trim/2008	1.044.033,69		Galvasud
1º trim/2009		1.044.033,69	Galvasud
2º trim/2009		1.044.033,69	Galvasud
3º trim/2009		1.044.033,69	Galvasud
4º trim/2009		1.044.033,69	Galvasud
2010		29.241.349,92	Galvasud

Com base no art 132 do CTN a Companhia Siderúrgica Nacional foi responsabilizada pelos fatos geradores praticados pela sua incorporada Galvasud (CNPJ 02.618.456/000145).

As infrações imputadas à Galvasud e à CSN foram relatadas no Termo de Verificação de fls 3814 a 3.837 e sintetizadas a seguir.

2.Dos Fatos

- Até junho de 2004 a Companhia Siderúrgica Nacional S/A – CSN (CNPJ 33.042.730/000104) e a Thyssen Krupp Stahall AG – TKS, sociedade constituída e sediada na Alemanha, detinham, respectivamente, 51% e 49% das ações da Galvasud;

- os citados acionistas decidiram disputar entre si o controle da investida (Galvasud), propondo-se, reciprocamente, a adquirir a parte do capital social pertencente ao outro. A disputa societária resolveu-se através de acordo que previu a realização de leilão privado, onde ambas as partes se comprometeram a abrir mão de sua participação na sociedade para o sócio licitante que ofertasse o lance mais vantajoso, conforme consignado no Contrato de Compra de Ações celebrado entre CSN e TKS;

- No referido contrato de compra e venda de ações ficou acordado, nas cláusulas 10.3 e 10.3.1, que :

10.3 - *"Este contrato não é transferível, em virtude de lei, por qualquer parte sem o consentimento prévio por escrito das outras partes e qualquer cessão pretendida ou outra transferência sem o consentimento será anulada e inexecutível, exceto para qualquer afiliada, cujo consentimento não será exigido"*

10.3.1- *"Cada parte tem o direito de indicar um ou mais afiliados para adquirir as ações transferidas no fechamento. A parte que nomear uma afiliada pode decidir adquirir parte das ações transferidas juntamente com a afiliada, pela taxa a ser estabelecida entre as mesmas, desde que, todavia, em qualquer caso, qualquer cessão não libere o cedente de suas obrigações"*

contratuais e desde que ainda o cessionário faça as declarações, garantias e pactos para a outra parte com relação ao cessionário que sejam equivalentes às representações, garantias e pactos feitos pelo cedente”

- No leilão realizado nos dias 17 e 18 de junho de 2004, a empresa nacional CSN restou vencedora, passando a possuir o direito de adquirir a totalidade das ações (1.733.885.064) pertencentes à Thyssen Kupp (TKS) pelo valor de R\$ 89.321.350,00. O respectivo valor da aquisição das ações foi quitado pela Companhia Siderúrgica Nacional, por transferência bancária intermediada pelo Unibanco, em 21 de junho de 2004, conforme documentação apresentada pelo contribuinte em atendimento ao Termo de Intimação Nº 1 de 31/10/2013. Por sua vez, a TKS transferiu as ações no dia 22 de junho de 2004, conforme registrado no Livro de Transferência de Ações Nominativas da GALVASUD S/A.

- Estipulava o contrato de compra de ações celebrado entre a CSN e a TKS que os financiamentos anteriormente contraídos pela Galvasud seriam quitados antecipadamente pela parte vencedora no leilão. Conforme previsão, os pagamentos que quitaram os passivos da Galvasud, no valor total de R\$ 425.662.777,30, foram suportados diretamente pela CSN e, contabilmente, a dívida foi baixada em contrapartida à conta de “*adiantamento para futuro aumento de capital*”;

- Em 22/06/2004 a CSN – I SA (CNPJ 04.518.302/0001-07), subsidiária integral da CSN, aprovou a emissão de 8.265.865.920 novas ações ordinárias sem valor nominal com preço de 0,05151515 cada, fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura da companhia, totalizando R\$ 425.662.777,30. Tais ações foram integralmente subscritas e integralizadas pela CSN mediante a utilização dos créditos de que dispunha contra a Galvasud, em função da quitação de financiamentos desta última;

- No mesmo dia 22/06/2004 a Galvasud SA aprovou a emissão de 8.265.865.920 novas ações ordinárias com preço de 0,05151515 cada, fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura, totalizando R\$ 425.662.777,30. Tais ações foram integralmente subscritas e integralizadas pela CSN I mediante a utilização dos créditos no valor de R\$ 425.662.777,30, que antes eram de titularidade da CSN em função da liquidação antecipada de empréstimos da Galvasud e que lhe foram por esta repassados em função da subscrições de ações;

- Da operação descrita resultou que a CSN I passou a ser detentora de participação acionária na Galvasud assim registrada em sua contabilidade :

investimento : 263.230.849,84;

ágio na subscrição de ações : 162.431.927,46

- No mesmo dia 22/06/2004, a CSN I aprovou, por Assembléia Geral Extraordinária, a assinatura de todo e qualquer documento relacionado à compra de 1.733.885.064 ações ordinárias do capital da Galvasud, representativas da totalidade da participação da TKS no capital daquela;

• A CSN pagou à TKS o valor de R\$ 89.321.350,00 pelas ações da Galvasud a ela pertencentes. Tal pagamento teria se dado em favor da CSN I e foi devidamente registrado em conta corrente entre a CSN e a CSN I;

• Desta segunda rodada de operações resultou que a CSN I contabilizou nova participação acionária da Galvasud pelo valor total de R\$ 89.321.350,00 assim composto : R\$ 55.225.095,46 como investimento e R\$ 34.096.254,54 como ágio;

• Em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 27/07/04 a CSN I aprovou a emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias, ao preço de emissão 0,05151515, fixado com base na rentabilidade da companhia, totalizando R\$ 89.321.350,00. Tais ações foram integralmente subscritas e integralizadas pela CSN mediante a utilização dos créditos de igual valor da CSN contra a CSN I;

• Das operações acima resultaram a seguinte composição do ágio, conforme registros contábeis na CSN I:

- *ágio na integralização de capital da CSN I na Galvasud, no valor de R\$ 425.662.777,30: **R\$ 162.431.927,46***

- *ágio na compra realizada, junta à CSN, das ações da Galvasud no valor de R\$ 89.321.350,00, antes pertencentes à TKS: **R\$ 34.096.254,54***

*Total ágio s/ investimentos na Galvasud : **R\$ 196.528.182,00***

• Em 30/10/2008 a Galvasud S A incorporou a CSN I e em 29/01/2010 a CSN incorporou a Galvasud;

• Do total do ágio sobre investimentos na Galvasud contabilizado pela CSN I (R\$ 196.528.182,00), R\$ 175.647.508,28 foram amortizados contabilmente e posteriormente somados na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Este tratamento perdurou até 30/10/2008. Com a incorporação da CSN I pela Galvasud aquela parcela já amortizada contabilmente (R\$ 175.647.508,28), controlada no Lalur, passou a ser considerada dedutível, sendo excluída da base tributável do IRPJ e CSLL pela Galvasud, até dez/2009 e pela CSN de jan a dez/2010;

• O saldo do ágio remanescente, ainda não amortizado contabilmente (R\$ 20.880.673,72) passou , de outubro a dezembro de 2008, a ser deduzido pela Galvasud como despesa, na cta 31220103 – amortização de ágio, à razão de 1/60. A partir de jan/ 2009, passou a ser deduzido, à mesma proporção, como exclusão ao lucro real, feita, até dez/2009, pela própria CSN I, e de janeiro a dez/2010 pela sua incorporadora (CSN).

3. Das infrações apuradas

3.1 Infração I – (Designada, no TVF, como referente ao Fato I) Amortização de ágio gerado na aquisição, por parte da CSN I, de participação acionária da Galvasud

• Segundo a interessada, quando da subscrição, por parte da CSN I, de 8.262.865.920 de novas ações emitidas pela Galvasud, no valor global de R\$ 425.662.777,30, teria havido pagamento de ágio no valor de R\$ 162.431.927,46,

ágio este que, a partir de outubro de 2008, com a incorporação da investidora (CSN I) pela investida (Galvasud), passou a ser dedutível e, por este motivo, foi amortizado à razão de 1/60, conforme art 386 do RIR/1999;

- Em entendimento contrário ao da interessada, afirma a autoridade autuante que a operação acima descrita (subscrição, por parte da CSN I, de 8.262.865.920 de novas ações emitidas pela Galvasud, no valor global de R\$ 425.662.777,30) não teria sido geradora de ágio, de forma que, mesmo tendo ocorrido posterior incorporação da investidora pela investida, não há que se falar em valores a amortizar.

- A tese da inexistência de ágio foi assim defendida pela autoridade autuante:

“... a possibilidade do tratamento tributário estabelecido no artigo 386 do RIR/99 (casos de incorporação) surge com a geração de ágio na aquisição de participação societária, já existente, avaliada pela equivalência. Ocorre que, nesta operação específica, a CSN I não adquiriu participação societária já existente de outro acionista da GALVASUD S/A avaliada pela equivalência, mas, como perfeitamente caracterizado nas Atas de Assembleia Geral Extraordinária tanto da CSN I quanto da própria GALVASUD, o fato ocorrido foi uma integralização de capital. Daí que, por este motivo, não há que se caracterizar a operação como geradora de ágio, até mesmo porque, ...,absurdo querer determinar valor patrimonial de ações que não existiam anteriormente com a finalidade de apurar ágio na aquisição de participação societária avaliada pela equivalência.

Por outro lado, também não ocorreu a segunda hipótese para a geração de ágio nesta operação, ou seja, diferença do valor pago na integralização e o valor/preço de emissão destas ações. O preço de emissão foi de R\$ 0,05151515 por cada ação, que multiplicado pelas 8.262.865.920 ações emitidas, resultou no montante de R\$ 425.662.777,30, exatamente o mesmo valor integralizado, portanto não gerando qualquer ágio.”

.....

Assim sendo, o cálculo apresentado pelo contribuinte não se refere à apuração de ágio, mas ao cálculo do ganho/perda resultante das participações societárias avaliados pelo método de equivalência patrimonial em função da variação na porcentagem de participação. Este ganho/perda, assim como o respectivo ajuste do valor contábil do investimento, tem o tratamento tributário determinado nos artigos 388, 389 e 428 do RIR/99, com base legal no Decreto-Lei nº 1598, de 1977, artigos 22 e 23.

(SIC)

- Diante da inexistência de valores a amortizar, fundamentada conforme transcrição acima reproduzida, foram consideradas indevidas todas as exclusões efetuadas no LALUR da Galvasud e da CSN, no período compreendido entre outubro de 2008 a dezembro de 2010, referentes a amortização de ágio na aquisição, por parte da CSN I, de participação acionária da Galvasud.

3.2 Infração II (Designada, no TVF, como referente ao Fato II) Compra das ações da Galvasud anteriormente pertencentes à TKS

- A operação de compra das ações da Galvasud pertencentes à TKS gerou ágio no valor de R\$ 34.088.023,30, atribuído a expectativas de rentabilidade futura da investida. Assim, conforme art 386, inciso III, do RIR/1999, o referido ágio poderia ser amortizado à razão mensal de 1/60 (R\$ 568.133,72);

- Segundo a interessada, na operação acima descrita a adquirente da participação acionária da Galvasud teria sido a CSN I, conforme previsão de cessão contida no contrato realizado entre a CSN e a TKS, por ocasião do Leilão entre tais partes. Como consequência, a amortização do ágio gerado quando da aquisição das ações da vendedora (TKS) poderia ocorrer, como de fato ocorreu, pela Galvasud, a partir da incorporação da CSN I por ela, ou seja, a partir de outubro de 2008;

- Em posição oposta, defende a autoridade autuante que a compra das ações da Galvasud, pertencentes, até o leilão realizado em junho/04, à TKS, foi efetivada pela CSN, fato este que significa que a amortização do ágio gerado só poderia ocorrer a partir de fevereiro de 2010, pela CSN, quando a Galvasud, pessoa jurídica investida, foi por ela incorporada;

- a fim de fundamentar a tese do autuante foram carreados aos autos os fatos e fundamentos a seguir sintetizados:

- 1) Por ocasião do leilão realizado, o contrato entre a TKS e a CSN previa, nas cláusulas 10.3 e 10.3.1 (já transcritas neste relatório) a possibilidade de cessão de direitos;

- 2) apesar de intimada, a CSN não comprovou documentalmente que teria dado cumprimento à cláusula que previa a possibilidade de cessão. Limitou-se a afirmar, ao responder intimação formalizada em 29/11/2013 que:

“A CSN I foi quem de fato adquiriu as 1.733.885.064 ações nominativas do capital da Galvasud. A CSN disponibilizou o valor de R\$ 89.321.350,00 (oitenta e nove milhões, trezentos e vinte e um mil e trezentos e cinquenta reais) para o pagamento das referidas ações e, por consequência, gerou um crédito em face da CSN I S/A. Conforme se verifica na Ata de Assembleia Geral Extraordinária da CSN I S/A, realizada em 27/07/2004, foi aprovado aumento de capital mediante a emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias, nominativas, totalmente subscritas e integralizadas pela Companhia Siderúrgica Nacional, com créditos no mesmo valor que detinha em face da CSN I S/A. O referido crédito é decorrente do pagamento efetuado pela Companhia Siderúrgica Nacional da compra, pela CSN I S/A da totalidade da participação acionária da Thyssen Stahl AG no capital da Galvasud SA”

- 3) registros contábeis sem respaldo documental são insuficientes para a comprovação dos fatos jurídicos e econômicos;

- 4) Se considerada a documentação disponível (contrato entre a CSN e a TKS e comprovante de pagamento, pela CSN à TKS) a conclusão é a de que a compra e venda se deu entre as próprias contratantes;

• Pelos motivos acima sintetizados concluiu a autoridade autuante serem indevidas as despesas registradas pela Galvasud na conta nº 31220103 amortização de ágio, no período compreendido entre out/2008 e dez/2008 e, ainda, as exclusões realizadas sob os mesmos fundamentos no Lalur da Galvasud, no período compreendido entre jan/2009 e jan/2010.

4. Da impugnação

Inconformada, a interessada apresentou a impugnação de fls 3.871/3.915 na qual alega a seu favor que:

4.1 Preliminares

- é nulo o auto de infração formalizado;
- sofreu fiscalização anterior (PA 12897.000035/200846), cujo objeto era, justamente, o período em que se originou o ágio tratado no presente processo. Logo, nos termos do art 150 do CTN, houve homologação expressa acerca dos fatos que originaram o referido ágio;
- se a presente autuação tem como base fatos já conhecidos pelo fisco, não podem estes ser revistos em uma segunda auditoria, principalmente após o decurso do prazo decadencial;
- os fatos que originaram o ágio que é tratado nos autos do presente processo já foram atingidos pela decadência;
- o lançamento de que trata o PA 12897.000035/200846 só pode ser revisto nas hipóteses elencada no art 149 do CTN, não ocorridas no caso concreto.

4.2 Mérito

4.2.1 Dos Fatos

- a CSN cedeu para sua controlada (CSN I) os direitos e deveres decorrentes do contrato de compra e venda de ações realizado com a TKS. O próprio contrato previa tal possibilidade;
- no dia 22/06/04, em Assembléia Geral Extraordinária, a CSN I, controlada direta da CSN, deliberou a emissão de 8.262.865.920 ações ao preço individual de R\$ 0,051. As novas ações foram subscritas e integralizadas pela CSN, mediante a cessão para a CSN I dos direitos creditórios que aquela detinha na Galvasud. Tais créditos referiam-se ao pagamento antecipado do passivo da Galvasud e passaram a ser créditos da CSN I contra a Galvasud;
- no mesmo dia 22/06/04, a Galvasud emitiu 8.262.865.920 ações ao preço individual de 0,051, totalizando R\$ 425.662.777,30. Tais ações foram subscritas e integralizadas pela CSN I mediante a capitalização dos direitos creditórios que detinha contra a Galvasud SA, sendo que do investimento realizado resultou ágio devidamente contabilizado no montante de R\$ 162.431.927,46;

- ainda na assembleia de 22/06/04 a CSN I deliberou para que se efetivassem as providências necessárias à compra da participação da Galvasud detida pela TKS;
- a CSN, ao ceder para a CSN I os direitos e deveres decorrentes do contrato com a TKS, pagou à vendedora (TKS) o valor de R\$ 89.321.350,00 pelas ações da Galvasud pertencentes à TKS. Contudo, tratou-se de pagamento em nome da afiliada, devidamente registrado em conta corrente entre a CSN e a CSN I;
- desta segunda rodada de operações resultou que a CSN I adquiriu nova participação acionária da Galvasud pelo valor total de R\$ 89.321.350,00 assim composto: R\$ 55.225.095,46 contabilizado como investimento e R\$ 34.096.254,54 como ágio;
- no dia 27/07/2004 a CSN I decidiu, em AGE, pela emissão de 1.733.885.080 novas ações ao valor de 0,051 cada, totalizando R\$ 89.321.350,00. Tais ações foram subscritas pela CSN mediante conversão, em capital, do débito de mesmo valor, da CSN I para com a CSN;
- Conforme exposto, o contrato de compra e venda de ações, formalizado entre a CSN e a TKS foi cedido à CSN I conforme cláusulas que permitiam a cessão e deliberação interna da CSN I;
- Em 30/10/2008 a CSN I foi incorporada pela Galvasud, transferindo a ela o ágio até então registrado em sua contabilidade e controlado no Lalur. De junho de 2004 a outubro de 2008 a CSN I amortizou contabilmente o valor de R\$ 175.647.508,28, controlado no LALUR;

4.2.2 Infração I (Fato I)

- a fiscalização não negou os fatos descritos pela interessada. Não questionou a validade das operações, os registros ou negócios envolvidos. Ao contrário, confirmou-os. Negou, porém, a possibilidade de que, a partir da subscrição de ações, pudesse ser gerado ágio passível de ser amortizado;
- por força do comando contido no art 20 do Decreto-lei 1598/1988, o registro contábil da aquisição de participação acionária deve distinguir entre o valor patrimonial do investimento e o eventual sobrepreço pago. A lei tributária não distingue entre as formas de aquisição;
- a afirmação de que a subscrição de ações não geraria ágio acarreta à conclusão equivocada de que esta não é modalidade de “aquisição” de participação acionária;
- tanto houve aquisição de participação acionária que a CSN I passou a ser detentora de 40% do PL da investida, reduzindo a participação dos acionistas anteriores;
- o valor das ações da Galvasud antes da Subscrição da CSN I era de 0,048 e depois passou a ser de R\$ 0,051, fato este que evidencia a existência de ágio;

- a conclusão de haver ágio não deriva da comparação entre valor de emissão das ações e valor pago, conforme afirma a autoridade autuante. O procedimento correto é comparar o valor efetivamente pago com o valor patrimonial;

- de acordo com o autuante o ágio gerado só poderia ser amortizado caso atendidas as disposições do art 36 da Lei 10.637/2002, isto é, quando uma empresa utiliza participação societária que detém em outra empresa para integralizar o capital de uma terceira;

- o referido art 36, porém, dispõe sobre o tratamento do ágio na apuração do ganho de capital. Não há, portanto, que se falar em inexistência de ágio em função da não adequação dos fatos narrados ao referido dispositivo;

- por todo o exposto, fica demonstrado que as operações descritas enquadram-se no conceito de “aquisição de participação societária”, podendo, portanto, gerar ágio passível de posterior amortização, nos termos do art 386 do RIR/1999.

4.2.3 *Infracção II – (fato II)*

- o contrato firmado entre a CSN e a TKS previa a possibilidade de cessão de direitos;

- na Reunião Extraordinária do Conselho de Administração, realizada no dia 14/06/2004, a CSN deliberou que “caso a Cia vença o leilão, a Diretoria Executiva fica autorizada a utilizar qualquer de suas subsidiárias para comprar a participação da TKS no capital da Galvasud SA”;

- na AGE de 22/06/04 a CSN I deliberou que a cia assinaria todos os contratos e documentos relacionados à compra da participação da Galvasud, detida pela TKS (doc 07). Assim se operou a execução do contrato cedido pela CSN à CSN I;

- o pagamento do valor de R\$ 8.321.350,00, feito pela CSN à TKS, efetivou-se em nome da CSN I, sendo registrado em uma conta corrente entre a CSN e CSN I (doc 09);

- a fiscalização não questionou a efetiva existência do ágio registrado contabilmente e nem sua dedutibilidade. Limitou-se a questionar o aspecto temporal em que a referida dedutibilidade poderia ocorrer;

- a descon sideração dos fatos contabilizados implicar acusar os responsáveis pela sua elaboração de descumprimento de dever profissional;

- à autoridade autuante cabe a prova de que os registros contábeis não correspondem à realidade. Só assim seria possível descon siderá-los;

- não pode a fiscalização descon siderar a cessão do contrato pelo simples fato de que a impugnante não apresentou documentos que embasam a operação, pois documentos não eram impostos por lei para a validade e eficácia daquele negócio;

- conforme reconhece a própria fiscalização (TVF, fls 12/13) e conforme documentos juntados aos autos (docs 11 e 15), a CSN pagou pelo preço, registrou tal crédito em seu ativo, na conta que registrava seu conta corrente com a CSN I e esta, por sua vez, reconheceu não só a dívida, mas também o ágio pago na operação;

- para que a fiscalização desconsiderasse a cessão, seria obrigada a desconsiderar a ata da AGE de 27/07/2004 (doc 10), pela qual a CSN I aumentou seu capital social, que foi subscrito e integralizado pela CSN, com os créditos que detinha na investida;

- as exigências contratuais que a fiscalização alega terem sido descumpridas não inviabilizam a cessão. Por outro lado, conforme deliberações das sociedades envolvidas, houve clara manifestação de vontade no sentido de que a cessão se efetivasse;

- a aplicação de eventual taxa pela cessão é de inteira liberalidade da cedente. No que tange às garantias e pactos, só seriam aplicados se o preço fosse parcelado, o que não ocorreu uma vez que a CSN quitou à vista a integralidade do valor;

- ainda que verdadeira fosse a conclusão do autuante, a hipótese configuraria “postergação de pagamento”, já que, conforme reconhece o próprio, houve mero descompasso temporal na dedutibilidade de despesa considerada legítima;

- a dedutibilidade do ágio, mesmo quando gerado entre empresas do mesmo grupo econômico, tem sido acatada pelo CARF.”

No julgamento da impugnação apresentada, a relatora expôs os seguintes argumentos, na fundamentação de seu voto, às fls. 4.348/4.362:

“Da lide

A autoridade autuante não questionou a efetiva ocorrência dos fatos descritos nos registros contábeis e documentos que lhe foram apresentados e nem os valores neles envolvidos. Não foi, tampouco, posta em dúvida a consistência, a substância ou a racionalidade econômica dos eventos societários narrados. (grifei)

A lide limita-se, portanto, aos efeitos dos fatos – incontroversos trazidos aos autos. Em específico, cumpre esclarecer se as operações de aumento de capital mediante subscrição de ações podem, em tese, gerar ágio que, nos termos do art 386 do RIR/1999, possa ser objeto de posterior dedução em decorrência de incorporação da investida pela investidora (ou viceversa).

Se afirmativa a resposta, a conclusão inevitável é a de improcedência do presente item da autuação.

Data vênua, a conclusão que emana dos dispositivos legais e dos conceitos contábeis envolvidos é a de que tem razão a impugnante quando afirma que as

operações de subscrição de novas ações podem efetivamente gerar ágio passível de posterior amortização, nos termos do art 386 do RIR/1999. Assim demonstraremos. Nos investimentos avaliados pelo custo de aquisição o valor efetivamente pago pela participação acionária corresponderá ao valor a ser ativado. Já nos investimentos realizados em sociedades do mesmo grupo econômico, por força do art 248 da Lei das SA, torna-se obrigatório, para fins de avaliação do novo ativo, a adoção do método de equivalência patrimonial.

Segundo o referido método, o registro no ativo da investidora deve ser efetivado de forma a retratar a aplicação do seu percentual de participação acionária sobre o patrimônio líquido da investida. Ocorre, porém, que nem sempre as aquisições de participações acionárias são feitas pelo seu valor patrimonial. Muitas vezes, por questões de mercado diversas, o preço efetivamente pago fica acima ou abaixo daquele valor, tornando-se imperioso, também, o registro da parcela que indica a defasagem que corresponde, justamente, ao ágio ou deságio.

A idéia de ágio se relaciona, portanto, a preço, ou melhor, a sobrepreço.

Na contabilidade da investidora, tal parcela deve ser destacada a fim de viabilizar o já mencionado método de equivalência patrimonial.

O tratamento tributário conferido ao ágio consta dos arts 385 e 386 do RIR/1999. Tais dispositivos o definem, determinam que seja contabilizado destacadamente e estipulam as hipóteses em que será dedutível, conforme abaixo:

[segue a transcrição dos artigos 385 e 386 do RIR/99]

Nos termos acima, a legislação tributária define ágio como sendo a diferença entre o valor efetivamente pago pela participação acionária e o seu valor patrimonial. Aponta, ainda, o momento de seu eventual surgimento e possíveis motivações. Note-se que ao tratar do momento do surgimento, faz referência à “aquisição de participação acionária”, sem distinguir entre as várias formas por meio das quais tal aquisição pode ocorrer.

Ora, se a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. As aquisições de participação societária podem ocorrer mediante aumento de capital, com subscrição de ações pelo novo sócio, ou mediante compra daqueles que já são sócios e que desejam alienar suas participações. Seja de uma forma ou de outra, com ou sem aumento de capital, o investidor passou a possuir direitos que antes não tinha, fato este que, inequivocamente, indica que tenha ocorrido **aquisição** dos referidos direitos .

Entendo que a subscrição de ações é categoria que não se confunde com a mera aquisição, mas que necessariamente a abarca. É que a subscrição indica não só o aumento do capital da investida, mas também a aquisição de nova participação societária, por parte da investidora. Portanto, representa mais do que uma mera aquisição, fato este que autoriza sua inclusão nas hipóteses tratadas arts 385 e 386 do RIR/1999

Equivocada a afirmação da autoridade autuante de que não haveria como falar em “valor patrimonial” de ação que não existia anteriormente.

Conforme lei das SA (arts. 5º e 11 a 14), o estatuto ou a Assembléia Geral fixará o valor do capital social, o número de ações em que se divide, o valor das ações nominais e, no caso de emissão de novas ações não nominais, o preço de emissão.

Assim, após a decisão societária de aumento de capital, fixado o quantitativo de novas ações e o preço de emissão, o valor patrimonial destes ativos passa a ser conhecido, bastando, para tanto, dividir o patrimônio líquido da sociedade pelo total de ações da companhia, já considerada a emissão. Na investidora, o ágio a ser registrado será, justamente, a diferença entre o **total pago pela participação societária e o seu valor de patrimônio líquido** (e não a diferença entre preço de emissão e o de venda, conforme considerou a autoridade autuante).

O exemplo a seguir, extraído do Livro “Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e prática”, de autoria de Hiromi Higuchi, exemplifica, com números, o cálculo do ágio na subscrição de ações:

[segue a transcrição do exemplo de Hiromi Higuchi]

Portanto, conforme acima demonstrado, a subscrição de novas ações é forma de aquisição de participação acionária que pode, conforme números da hipótese concreta, gerar ágio.

Os normativos que regulamentam a legislação societária também reconhecem a possibilidade de ágio originado por ocasião de subscrição de ações. É o que se depreende da IN CVM 246/1996, abaixo transcrita:

IN CVM 246, de 27/03/1996

Art 13 – Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada e controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes deste desdobramento contabilizados em subcontas separadas:

I – equivalência patrimonial baseada em demonstrações contábeis elaboradas nos termos do art 10; e

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

Art 14 – O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

Por todo o exposto, considerando que as aquisições de capital mediante subscrição de novas ações podem, em tese, gerar ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura passível de posterior dedução, nos termos do artigo 386 do RIR/1999 e, ainda, que a motivação do presente item da autuação foi, justamente, a impossibilidade teórica de ágio na hipótese de subscrição, concluo pelo cancelamento da exigência formalizada.

7. Infração nº 02

Da lide

O presente item da autuação tem como objeto glosa de despesas/exclusões contabilizadas pela Galvasud SA no período de out/2008 a jan/2010 a título de amortização de ágio no valor total de R\$ 34.088.023,30, calculada à razão de 1/60 ao mês.

O ágio acima referido teria sido gerado por ocasião da transferência das participações acionárias da Galvasud SA pertencentes, até junho/04, à TKS.

Segundo a autoridade autuante, a aquisição das referidas ações da Galvasud teria ocorrido pela CSN, por meio do contrato realizado entre ela e a TKS, de forma que a amortização do ágio gerado nesta operação só poderia ocorrer, conforme art 386 do RIR/1999, a partir de janeiro de 2010, data em que a CSN incorporou a Galvasud.

Sustentando entendimento diverso, afirma a interessada que, conforme previsão de cessão de direitos contida no contrato de compra e venda realizado entre a CSN e a TKS, a adquirente das ações alienadas por esta última teria sido a CSN I, de forma que, nos termos do mesmo art 386 do RIR/1999, a dedução do ágio originado por ocasião da transferência da participação acionária poderia ocorrer pela Galvasud, a partir da incorporação da CSN I por ela, ou seja, a partir de outubro de 2008.

Dos elementos de prova que integram os autos

Em 17/06/2004 a TKS e a CSN, únicas acionistas da Galvasud, firmaram “contrato de compra de ações” (fls 376) por meio do qual as partes decidiram rescindir suas participações como acionistas. Transcrevo a seguir trecho que sintetiza o objeto do acordo formalizado:

“A TKS e a CSN, de maneira irrevogável, decidiram rescindir sua relação como acionistas da Galvasud consoante uma transação de compra e venda de ações, pela qual todas as ações da CSN ou todas as ações da TKS serão vendidas à TKS ou à CSN, conforme o caso, por um determinado preço de compra a ser fixado em Leilão privado”.

Do referido contrato constavam cláusulas prevendo a possibilidade de cessão dos direitos/deveres nele estabelecidos, conforme abaixo:

Cláusula 10.3 – Este contrato não é transferível, em virtude de lei, por qualquer parte sem o consentimento prévio por escrito das outras partes e qualquer cessão pretendida ou outra transferência sem o consentimento será anulada e inexecutável, exceto para qualquer afiliada, cujo consentimento não será exigido.

Cláusula 10.3.1 – Cada parte tem o direito de indicar um ou mais afiliados para adquirir as ações transferidas no fechamento. A parte que nomear uma afiliada pode decidir adquirir parte das ações transferidas juntamente com a afiliada, pela taxa a ser estabelecida entre as mesmas, desde que, todavia, em qualquer caso, qualquer cessão não libere o cedente de suas obrigações contratuais e desde que, ainda, o cessionário faça as declarações, garantias e pactos para a outra parte com relação ao cessionário que sejam equivalentes às representações, garantias e pactos feitos pelo cedente.

O leilão previsto foi realizado nos dias 17/18 de junho de 2004 e, conforme ata acostada às fls 414/420, a CSN restou vencedora.

Consta dos autos os documentos bancários datados de 21/06/2004 (fls 458) que comprovam o pagamento do preço acordado, feito pela CSN à TKS, bem como a quitação, também pela CSN, de passivos da investida (Galvasud) (fls 422/425), conforme previsão do contrato de “compra de ações” que estipulava que a parte vencedora deveria quitar os passivos da Galvasud.

À (sic) par de tais fatos, relata a autoridade autuante que:

1) No dia 14/06/2004, em Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da CSN ficou aprovado que caso esta vencesse o leilão ficaria autorizada a utilizar qualquer de suas subsidiárias para comprar a participação da TKS na Galvasud. Na mesma ocasião ficou ainda aprovada a obtenção de fianças bancárias para garantir a operação e a prestação de garantias pela CSN nas obrigações a serem assumidas pela subsidiária (Fls 4.257);

2) Conforme ata da AGE datada de 22/06/04, a CSN I aprovou “a assinatura de todos os contratos e quaisquer outro documentos relacionados à compra de 1.733.885.064 ações nominativas do capital da Galvasud, que representam a totalidade da participação da TKS no capital da Galvasud” (fls 4259/4261);

3) O pagamento, efetuado pela CSN em 21/06/04, do preço de compra da participação acionária alienada pela TKS foi contabilizado à (sic) débito de direito de crédito em face da CSN I e a crédito de bancos. Conforme registros, tal pagamento teria se dado em favor da CSN I, que passou a acusar contabilmente a propriedade das ações da Galvasud, conforme abaixo:

Contabilidade da CSN

Débito : C/C CSN 89.321.350,00

Crédito : Bancos

Contabilidade da CSN I

Débito : aquisição da Galvasud- 55.225.095,46

Débito : ágio - 34.096.254,54

Crédito: C/C CSN – 89.321.350,00

4) em AGE realizada em 27/07/2004 a CSN I aprovou a emissão de 1.733.885.080 ações ordinárias ao preço total de R\$ 89.321.350,00, integralmente subscritas pela CSN mediante a utilização dos crédito de que dispunha junto à CSN I, por conta do conta corrente firmado entre ambas. (fls 4.278 a 4.280). Desta forma teria, então, sido quitada a dívida da CSN I para com a CSN, relativa a aquisição das ações da Galvasud.

5) O contrato formalizado previa a possibilidade de cessão de direitos sem prévia anuência da outra parte. Apesar de intimada, a CSN não apresentou o documento que formalizaria que tal possibilidade se concretizou.

Aos fatos acima, trazidos pela própria autoridade autuante, acrescento que conforme cópia do Livro de Transferência das ações Nominativas da Galvasud SA

(fls 472 a 490), a CSN I teria adquirido , em 22/06/04, 1.733.885.080 ações da alienante TKS.

Feitas as referências aos fatos considerados relevantes, passo a análise dos mesmos.

Tem razão a autoridade autuante quando afirma que a CSN, apesar de intimada, não apresentou o documento escrito que comprovaria que o cessionário (CSN I) teria realizado as declarações, garantias e pactos previstos na cláusula 10.3.1 do contrato de compra de ações. A ausência de tal documento depõe contra a tese da defesa e foi, conforme relato, o fundamento base que respaldou a conclusão de que não houve cessão de direitos e que, portanto, a adquirente da participação da Galvasud foi a CSN.

Constato, porém, que constam dos autos outros elementos que, considerados em seu conjunto, se sobrepõem, em valor probatório, à ausência do documento acima referido.

Início pelas Atas das Assembléias realizadas pela CSN e CSN I, todas elas deliberando que esta última seria a adquirente da participação acionária alienada pela TKS.

Estes são documentos contemporâneos aos fatos narrados, registrados na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (Jucerja) e, segundo consta, foram efetivados conforme os requisitos previstos na legislação societária.

Outro fato de relevância é o registro de 22/06/2004 feito no Livro de Transferências das ações Nominativas da Galvasud, segundo o qual teria sido a CSN I a adquirente das 1.733.885.080 ações daquela primeira pessoa jurídica.

Vale frisar que foi acostada aos autos cópia integral do Livro em questão, inclusive termo de abertura com registro na Jucerja. Ressalto, ainda, que conforme contrato de compra de ações firmado entre a CSN e a TKS (preâmbulo-letra D), o leiloeiro atuou como fiel depositário do Livro de Transferência de Ações Nominativas da Galvasud e a ele foram conferidos poderes para, em nome das partes, proceder a assinatura dos termos que integram os registros do referido Livro (fls 4220/4.221).

A mensuração do valor de prova a ser conferido aos Livros de Transferências das ações Nominativas é matéria regulada pela legislação societária, que expressamente concedeu aos registros neles efetuados justamente o atributo de transferir e definir a titularidade da propriedade dos valores mobiliários. Por pertinente, transcrevo, a seguir, o art 31 da Lei das SA, com a redação que lhe foi dada pela lei 10.303/2001:

[segue a transcrição do artigo 31 da Lei das SA]

O terceiro indicador de que a CSN I teria sido a adquirente das participações acionárias alienadas pela TKS são os lançamentos contábeis na CSN e na CSN I.

Tais lançamentos foram reproduzidos no termo que fundamentou a autuação e é incontroverso que retratam que as participações acionárias em questão teriam sido adquiridas pela CSN I.

Por fim, cabe ainda abordar o fato de o pagamento do preço acordado com a TKS pela participação acionária da Galvasud ter sido realizado pela CSN. Primeiro, ressalto que o contrato de compra de ações justamente previa, na cláusula 10.3.1,

que mesmo no caso de cessão de direitos, a cedente (CSN) permaneceria vinculada às obrigações contraídas no acordo, de forma que o pagamento do preço, pela CSN, justamente dá cumprimento a tal estipulação.

Quanto ao aspecto da liberalidade, há que se reconhecer que realmente o pagamento descompromissado por ativos pertencentes a terceiros é hipótese de pouca razoabilidade econômica. Não é esta, porém, a situação relatada pela autoridade autuante, que expressamente se reporta, às fls 3.821, ao fato de ter sido aprovado, em Assembleia Geral Extraordinária realizada pela CSN I em 27/07/04, a emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias nominativas, ao valor individual de 0,05151515, totalizando R\$ 89.321.350,00.

Relata ainda a mesma autoridade que a CSN teria subscrito integralmente estas novas ações emitidas utilizando-se, para tanto, de créditos de igual valor de que dispunha contra a CSN I.

Ora, do conjunto acima temos, em síntese, que a CSN efetuou o pagamento das ações da Galvasud adquiridas pela CSN I e que a quitação deste passivo se deu pela aquisição de participação acionária da própria CSN I. Não há, portanto, hipótese de liberalidade.

De fato, a coincidência de valores e a sequência cronológica dos fatos narrados evidencia que as operações envolvendo a CSN e sua subsidiária integral foram planejadas sequencialmente e de forma ordenada.

Não obstante, nada há, nos autos, a indicar a impossibilidade jurídica das operações e formas adotadas. Por outro lado, em nenhum momento a autoridade autuante questionou a validade dos documentos mencionados, a veracidade dos fatos narrados, sua substância ou racionalidade econômica. A parcela do lançamento em análise teve simplesmente como fundamento, à vista da falta de comprovação da efetividade da cessão de direitos, o fato de as participações acionárias da Galvasud terem sido adquiridas pela CSN e não pela CSN I.

Por todo o exposto, concluo que, no processo de valoração e contraposição das provas que integram os autos, predominam as que indicam que a efetiva aquisição da participação acionária da Galvasud se deu pela CSN I, fato este que torna dedutível a amortização do ágio gerado a partir de out/2008 e torna sem fundamento a autuação de que trata o presente.

Voto, portanto, pelo cancelamento da autuação formalizada.”

A decisão recorrida, às fls. 4.329/4.365, está assim ementada:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA

As regras de decadência referem-se ao direito/dever de constituir o crédito tributário pelo lançamento, não afetando a prerrogativa do Fisco de investigação de livros, documentos e arquivos para que, a partir das provas colhidas, possam ser eliminados os efeitos que se projetam em anos posteriores, ainda não decaídos.

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES.

Ao tratar do momento de origem do ágio, a legislação tributária faz menção a “aquisição de participação societária” sem distinguir entre as várias formas por meio das quais tal aquisição pode ocorrer.

PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO.

Atas de assembleias societárias, registros no Livro de Transferências de Ações Nominativas, previsão contratual e assentos contábeis são elementos suficientes à comprovação de aquisição de participação societária.

LANÇAMENTO CONEXO. CSLL

Na ausência de especificidades, aplica-se aos lançamentos formalizados a partir da mesma base fática o mesmo julgado.”

Em sua defesa, a Fazenda Nacional, às fls. 4.371/4.407, expõe os seguintes argumentos:

1) inexistência de homologação do fato gerador por fiscalização anterior e decadência: partindo da premissa que tais operações ocorreram no ano de 2004, e que essas mesmas operações já foram objeto de análise quando da apuração de outros créditos tributários, sustenta o contribuinte que houve tanto a decadência como a fiscalização de fato gerador já fiscalizado e homologado. No entanto, a tese exposta pelo contribuinte não é a mais correta. Tal como entendido pela decisão ora recorrida, o fato gerador apurado no presente processo não diz respeito às operações societárias que deram ensejo aos ágios. Refere-se, isto sim, às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL afetadas pela amortização dessas “mais valia”. Vale dizer que citada fiscalização anterior não cuidou da amortização dos ágios nos mesmos anos-calendário aqui tratados, pois resumiu-se à dedutibilidade da despesa registrada em 2004 e concernentes ao pagamento de encargos incidentes sobre a liquidação de um passivo com vistas aos interesses de pessoa jurídica diversa daquela a deduziu. Em outras palavras, o registro de um ágio decorrente da aquisição de uma participação societária, ou da incorporação de uma coligada, não é hipótese de incidência tributária do IRPJ e da CSLL. Isso porque a legislação aplicável ao IRPJ e a CSLL não prevê o registro de um ágio como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza ou de resultado positivo da atividade empresarial. Em síntese, quando do efetivo pagamento do ágio, não há qualquer ganho auferido pela adquirente, porquanto o ágio pago constitui uma despesa, uma diminuição patrimonial.

De acordo com o RIR/99, essa “mais valia” é um “potencial” benefício fiscal a ser concedido pelo Estado. Consoante o artigo 386 daquele Regulamento, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio apurado com base na rentabilidade futura do investimento, poderá, caso cumpridos os requisitos legais para tanto, deduzir a amortização do valor desse ágio na apuração do lucro real. Nessa hipótese, se o investimento que deu origem ao ágio se reunir com o próprio ágio (em resumo), a “mais valia” anteriormente paga passará a ter conotação fiscal. O ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar a apuração (cálculo) da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou. Essa apuração (cálculo), por sua vez, é o que se sujeita à homologação pelo Fisco. Portanto, um ágio registrado por um contribuinte somente pode ser passível de homologação pelo Fisco na medida em que, cumpridos certos requisitos legais, passa a reduzir a apuração dos tributos por meio da dedução de sua amortização. O ágio,

dessa forma, não compõe a hipótese de incidência de qualquer tributo, apenas afeta, quando da sua efetiva utilização, o cálculo do montante a ser pago (benefício fiscal). Por conseguinte, a decadência somente pode ser contada a partir do momento que o contribuinte amortiza fiscalmente o ágio (no presente caso, o IRPJ e a CSLL apurados pelo sujeito passivo nos anos de 2008 a 2010). Antes disso, o Estado não se deparou com qualquer fato tributário que envolvesse os ágios registrados. Por oportuno, registra-se, a título de analogia, o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de a Administração Tributária revisar os prejuízos fiscais utilizados pelos contribuintes para reduzir sua tributação futura. Com se sabe, é unânime nos tribunais pátrios que, não havendo fatos geradores tributários, não há que se falar em transcurso do prazo decadencial, e que o prazo decadencial para o lançamento deve ser contado a partir do tributo apurado pelo sujeito passivo, não do registro da rubrica que será utilizada no futuro como benefício fiscal. No caso específico dos registros contábeis referentes a ágio decorrente da aquisição de participação societária, há recente acórdão prolatado pela 2ª Turma da 4ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento (1402-00.802) que, apesar de ter reconhecido a legitimidade do ágio registrado, ressaltou que a verificação de registros contábeis pela autoridade fiscal não se submete ao prazo decadencial tributário.

2) Da ineditabilidade dos ágios amortizados:

2.1) da inexistência do ágio I - inexistência de aquisição de nova participação societária: tal como apurado pela Fiscalização, o ágio I não é dedutível segundo a legislação tributária, porque a operação de subscrição de ações que propiciou o seu surgimento não levou à aquisição de nenhum investimento pela CSN I. Assim, em que pese aparentemente a CSN I ter adquirido novas ações da GALVASUD por meio da subscrição realizada, na realidade essa empresa não adquiriu nenhum investimento hábil a justificar o surgimento de um ágio passível de dedução fiscal. É que a subscrição de ações que não implique a aquisição de novo percentual de participação societária não justifica o registro de ágio nos termos do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.

Em apertada síntese, a figura do ágio se constitui na diferença positiva entre o custo de aquisição suportado por uma pessoa jurídica quando da aquisição de uma participação societária, e o valor de patrimônio líquido desse investimento. Tal conceito tributário-contábil está previsto no artigo 385 do RIR/99, o qual repete o conteúdo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. A dedutibilidade do ágio, por sua vez, é prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o qual é repetido no artigo 386 do RIR/99.

Segundo as normas mencionadas no parágrafo precedente, o ágio será dedutível se tiver sido pago com base na rentabilidade futura da participação societária adquirida, e se houver a confusão patrimonial entre investidora e investida. Dessa forma, o legislador previu uma presunção de perda de investimento e autorizou a amortização do ágio tal como o investimento tivesse efetivamente sido cancelado. Nesse diapasão, em termos econômicos, o registro de um ágio se justifica em face da aquisição pela empresa de uma riqueza que antes ela não detinha. Por exemplo, no caso do ágio pautado na rentabilidade futura de um investimento, a razão econômica que justifica o seu registro é o fato de a investidora ter adquirido um fluxo futuro que antes ela não possuía. Nessa linha e de acordo com a Lei nº 9.532/1997, ao adquirir uma “rentabilidade que antes pertencia a terceiros”, o correspondente ágio poderá ser deduzido caso a pessoa jurídica detentora de tal rentabilidade incorpore (ou seja incorporada pela) sua adquirente. Nessa toada, a dedutibilidade do ágio é pautada na presunção da perda da rentabilidade adquirida de terceiros.

Vale ressaltar, por oportuno, que tal exigência não necessita estar prevista em lei, pois decorre do próprio conceito de aquisição. Isso porque, caso a rentabilidade (ou outro fundamento econômico de um ágio) adquirida por uma empresa não seja de terceiros, será dela mesma, e, sendo própria, não há como haver aquisição, pois não é possível alguém adquirir algo que já é seu.

No que toca à intenção do legislador ao autorizar a dedução do ágio pautado na rentabilidade futura, destaca-se que o objetivo fora estimular a participação de particulares nas privatizações realizadas na década de 90. Sendo assim, a lei visou a incentivar a aquisição de rentabilidades que antes pertenciam ao Estado. Como estímulo, estabeleceu-se que os adquirentes dessas rentabilidades poderiam auferi-las sem o recolhimento de alguns tributos. Nesse sentido, cabe registrar o entendimento da CVM exarado por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 ao comentar a Nota Explicativa à Instrução CVM nº 247, de 27/03/96. Segundo a autarquia, o surgimento de um ágio ou deságio em uma operação de subscrição de ações somente é possível quando a investidora adquire uma porcentagem da investida que antes não detinha. Mais além, a CVM alerta para o fato de que, se não houver variação do percentual de participação da investida, não haverá ágio ou deságio a ser reconhecido pela investidora quando da subscrição de ações, ainda que tal operação ocorra por valor acima do valor patrimonial da ação.

No presente caso, o ágio I decorre da subscrição de ações da GALVASUD realizada pelo Grupo CSN com o crédito decorrente da quitação (sic) antecipada dos financiamentos obtidos por aquela companhia. Tal antecipação de pagamento fora uma condição imposta pelo contrato por meio do qual o Grupo CSN (mormente a CSN) adquiriu as ações da GALVASUD detidas pela TKS. Ou seja, por intermédio da referida subscrição, o Grupo CSN não tinha o objetivo de adquirir nenhum percentual novo da participação da GALVASUD, mas apenas aumentar o seu capital pela capitalização da sua dívida. A aquisição do novo percentual foi obtido com a aquisição direta das ações da TKS, o que levou ao surgimento do ágio II.

No entanto, o contribuinte sustenta que houve aquisição com base no argumento de que, quando da subscrição, a CSN I adquiriu percentual de participação na GALVASUD antes detido tanto pela CSN como pela TKS (subscrição de ações sem valor nominal). Tal raciocínio não é correto por dois aspectos: a um, como a CSN I era uma subsidiária integral da CSN e foi utilizada exclusivamente como ponte para o registro das ações da GALVASUD, não houve aquisição de percentual da CSN; a dois, tampouco houve aquisição de percentual da TKS, haja vista que essa empresa no mesmo dia alienou todas suas ações ao Grupo CSN.

Primeiro, quanto à alegada aquisição de percentual da CSN, vale ser ressaltado que, na subscrição das ações da GALVASUD, a CSN I não utilizou recursos próprios, mas sim o crédito transferido pela CSN. Créditos estes que foram transferidos a CSN I no mesmo dia em que foram utilizados na subscrição das ações da GALVASUD. Por esse prisma, partindo da relação de dependência existente entre a CSN e a CSN I, conclui-se que não era possível a CSN I adquirir qualquer percentual da GALVASUD antes detida pela CSN. Isso porque a CSN I não era uma empresa independente da CSN, mas, pelo contrário, era uma empresa com capital social irrisório (R\$ 1.800,00) e que recebeu o crédito de antecipação dos investimentos com o exclusivo intuito de utilizá-los na capitalização da GALVASUD. Em suma, na verdade, a CSN foi a responsável por essa subscrição. A CSN I era apenas uma extensão da CSN.

Como segundo aspecto, aduz-se, em face da multicitada subscrição, a CSN I também não adquiriu nenhum percentual da TKS. Isso porque, no mesmo dia em que a subscrição foi realizada, também celebrou-se a compra pelo Grupo CSN das ações da GALVASUD antes detidas pela TKS. Ou seja, a TKS não cedeu sua participação na GALVASUD em razão da sua inércia na subscrição realizada pela CSN I, pois alienou tal participação diretamente à CSN. Logo, como resultado líquido das operações realizadas no dia 22/06/2004, vê-se que, afastada a aquisição das ações antes detidas pela TKS, o Grupo CSN (mormente a CSN), consciente de que passaria a ser detentor de 100% das ações da GALVASUD, aumentou o capital da companhia com a capitalização do pagamento das suas dívidas. Portanto, em razão dessa operação, o Grupo CSN não adquiriu nenhum novo percentual de participação na GALVASUD, mas apenas aumentou o seu capital e o seu patrimônio com a extinção de suas dívidas. Dessa forma, aplicando o entendimento da CVM ao presente caso, vê-se que a CSN I, ou qualquer empresa do Grupo CSN, não poderia ter registrado qualquer ágio em face da subscrição de ações realizada na GALVASUD com a capitalização da sua dívida. Como tal operação não implicou a aquisição de nenhum novo percentual de participação nessa empresa (até mesmo porque não era possível), não é possível o reconhecimento de ágio.

Portanto, em face da subscrição de ações, o Grupo CSN não adquiriu nenhuma rentabilidade que antes já não detivesse. Não obstante ter subscrito novas ações, como já detinha 100% das ações da GALVASUD em razão do contrato de compra celebrado com a TKS, não adquiriu nenhum novo percentual de participação. Pelo contrário, o Grupo CSN acabou registrando um ágio em face da aquisição de uma percentagem que já era sua. Dessa forma, vê-se que, por meio da subscrição realizada, o Grupo CSN não adquiriu uma parcela da rentabilidade da GALVASUD que antes era de outro acionista. Na realidade, a intenção do Grupo CSN com a subscrição de ações não foi proporcionar a aquisição de um investimento, mas sim o saneamento do patrimônio da GALVASUD por meio do perdão de uma dívida. Contudo, como essa operação não levaria ao aproveitamento de nenhum benefício fiscal, optou-se por transformar tal perdão em uma subscrição de ações com ágio.

Vale registrar que não se discute aqui a possibilidade de registro de ágio em face da subscrição de ações. Tal registro é possível e inclusive já fora reconhecido pela CVM. No entanto, o que ora se propõe ao debate é a possibilidade de registro de ágio na subscrição de ações em face da ausência de alteração no percentual de participação societária. O reconhecimento de ágio na subscrição de ações é possível sempre que dessa operação a parte adquirente passar a deter uma maior parcela da participação societária que antes detinha.

2.2) Da indedutibilidade do ágio II - ausência de “confusão patrimonial” entre a real adquirente e a empresa adquirida: A indedutibilidade do segundo ágio decorre de um único fato: a CSN I não ter sido a real adquirente das ações da GALVASUD antes detidas pela TKS. Conforme corretamente apurou a Fiscalização, a real adquirente dessas ações foi a CSN, razão pela qual a dedutibilidade do ágio II somente passou a ser possível após a incorporação da GALVASUD por essa empresa. A decisão recorrida, por seu turno, entendeu que a real adquirente foi a CSN I. Para tanto, ressaltou elementos formais observados pelo Grupo CSN, tais como, atas de assembleias, livro de transferência das ações e lançamentos contábeis. Todavia, tal entendimento não merece prosperar. Conforme apurado pela Fiscalização, a verdade dos fatos, a despeito da formalidade adotada, demonstra que a real adquirente das ações da GALVASUD foi a CSN.

Por certo, afastados os atos formais praticados pelo Grupo CSN, a Fazenda Nacional conclama que se observe atentamente o contexto fático que se avulta dos autos:

1º fato – CSN celebra com a TKS contrato de compra e venda de das ações da GALVASUD pelo valor de R\$ 89 milhões.

2º fato – CSN paga a TKS o valor de R\$ 89 milhões.

3º fato – ao final, a CSN passa a deter diretamente as ações da GALVASUD.

Ora, diante de tais fatos, a única conclusão possível é a de que a CSN foi a real adquirente das ações da GALVASUD então detidas pela TKS. Tal como o Código Civil define o contrato de compra e venda (artigo 481), a TKS se obrigou a transferir o domínio de suas ações da GALVASUD a CSN em troca de certo preço em dinheiro.

Portanto, tal como concluiu a Fiscalização, pelos fatos, vê-se que a compra e venda estabelecida entre o Grupo CSN e a TKS foi firmada com a CSN. Esta foi a empresa do Grupo que sacrificou o seu patrimônio em troca das ações que seriam recebidas. A participação da CSN I na negociação, como cessionária dos direitos contratuais, foi apenas uma formalidade montada com exclusiva finalidade fiscal (a qual será detalhada no tópico seguinte).

Todavia, sem adentrar agora ao objetivo do Grupo, com a participação da CSN I, vê-se que a participação formal desta como cessionária não pode se sobrepor à verdade dos fatos. Foi a CSN quem pagou o preço e, ao final, quem deteve as ações; logo, os atos formais da participação da CSN I não podem alterar tais fatos. Nessa ordem de ideias, tendo sido a CSN a real adquirente das ações da GALVASUD detidas pela TKS, de acordo com a legislação aplicável, o ágio II somente passou a ser dedutível com a incorporação da GALVASUD pela CSN. Antes dessa operação, nenhuma amortização poderia ser reduzida da carga tributária.

Assim, não basta a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível. Se assim fosse, a Lei nº 9.532/1997 não teria razão de existir. Como será visto, para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais. Dentre tais requisitos, além do documento que ateste o seu fundamento econômico (que já fora analisado no tópico anterior), há a necessária presunção de perda do investimento adquirido.

Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, deduz-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, quando há um encontro do adquirente com o investimento adquirido. Em face, portanto, dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”.

Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com ágio”. Vê-se que o verbo adquirir é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver ADQUIRIDO outra, incorporá-la ou for por ela incorporada.

Desta feita, ao contrário do que defende a Recorrida, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza. Deve-se lembrar que a dedutibilidade do ágio traduz uma renúncia de receita ao Estado. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva, segundo a qual se reconhece a dedutibilidade do ágio com relação à empresa que adquire outra mediante o pagamento de ágio, e não com relação a uma empresa que recebe outra a fim de que o ágio seja transferido. Nos termos do artigo 386 do RIR/99, investidora não é a empresa que simplesmente detém um ágio, mas sim aquela que tenha adquirido participação societária com ágio.

Portanto, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

Vale dizer que, de acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente em face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, mas não será dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Voltando ao caso ora em análise, tem-se que o ágio registrado pela CSN I na verdade decorreu da aquisição das ações da GALVASUD pela CSN. Dessa forma, em face do fato incontroverso que o ágio foi efetivamente pago pela CSN, percebe-se que a real investidora é essa empresa, e a investida é a GALVASUD. A CSN I apenas registrou tal “mais valia” como interposta pessoa.

Diante dessa conclusão, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual a operação societária que permite a dedutibilidade dessa “mais valia”? Qual a operação que permite a presunção de que o investimento adquirido foi perdido? A resposta é óbvia: a confusão patrimonial entre a CSN (investidora) e a GALVASUD (investida). No entanto, voltando, de novo, aos fatos, vê-se que essa união patrimonial ocorreu apenas em 01/2010. A operação que, segundo o contribuinte, autorizou a dedutibilidade do ágio foi a incorporação da CSN I pela GALVASUD.

Constata-se, pois, que o Grupo CSN não cumpriu um dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio. Como a CSN I não foi a real adquirente das ações da GALVASUD, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.

Na verdade, o que o Grupo CSN tentou orquestrar foi a transformação do ágio por ele pago, quando da aquisição das ações da GALVASUD, em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ele a quem ele quisesse. O Grupo CSN tentou “autonomizar” o ágio.

A intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias seguidas da confusão patrimonial entre a real investidora e a investida; foi, portanto, beneficiar

o real adquirente de uma participação societária; e não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse. Se assim não fosse, haveria uma norma expressa que autorizaria a transferência da “mais valia” por meio de operações intragrupo.

3) Do planejamento tributário orquestrado pelo contribuinte: a despeito de a Fiscalização não ter elaborado tal conclusão, diante do verdadeiro papel da CSN na aquisição das ações, e os efeitos fiscais conseguidos pelo Grupo CSN com a interposição da CSN I nas operações, é possível aferir com certa segurança o planejamento fiscal orquestrado. Porém, antes de definir o planejamento, deve-se propor ao imaginário o resultado final das operações caso a CSN tivesse realizado todas as operações societárias sem a participação da CSN I. Submetendo tal hipótese à sequência de operações realizadas, obtém-se a seguinte sequência:

1º - CSN registraria diretamente em seu patrimônio as ações adquiridas da TKS após o pagamento de R\$ 89 milhões;

2º - CSN pagaria, de forma adiantada, os financiamentos, e aumentaria o capital da GALVASUD mediante a capitalização da dívida.

Após tais operações, portanto, a CSN registraria apenas um ágio, aquele correspondente ao ágio II. Isso porque, em face da capitalização da dívida, a CSN não poderia registrar qualquer ágio em face da ausência de variação em sua participação na GALVASUD. Contudo, ressalte-se que, conforme explicado no item anterior, sendo a real adquirente das ações da GALVASUD, a “mais valia” correspondente ao ágio II somente se tornaria dedutível quando houvesse a “confusão patrimonial” entre a CSN e a GALVASUD (o que no presente caso ocorreu em 01/2010).

Diante desse cenário proporcionado pela aquisição direta das ações da TKS pela CSN, o Grupo CSN orquestrou uma forma de adiantar a possibilidade de dedução do ágio II, e de criar uma situação que permitisse o registro e a dedutibilidade do ágio I. E, para obtenção desses dois efeitos exclusivamente fiscais, o Grupo CSN incluiu a CSN I nas operações. Nesse diapasão, a fim de adiantar a possibilidade de dedução do ágio II, o Grupo CSN, ao invés de adquirir as ações da TKS diretamente por meio da CSN, formalizou uma cessão de direitos contratuais, por meio da qual a CSN faria o pagamento do preço, mas a CSN I registraria a titularidade das ações. Após tal registro, não seria mais necessário a CSN participar da “confusão patrimonial” exigida por lei, pois sendo a CSN I a adquirente formal, a sua incorporação pela GALVASUD (por exemplo) bastaria ao cumprimento do requisito legal. E assim foi feito: após a CSN I ter registrado as ações da GALVASUD adquiridas pela CSN, tal empresa foi incorporada em 10/2008, possibilitando assim (formalmente) a dedução do ágio II (e também do ágio I), sem que a CSN participasse de qualquer evento patrimonial (o que ocorreu somente em 01/2010).

Por outro lado, no que tange ao ágio I, a participação da CSN I foi mais além, pois, além de possibilitar a sua dedução antecipada (caso fosse válido), possibilitou o seu registro.

Por certo, como exposto no item referente à inexistência do ágio I, de acordo com a CVM e a lógica contábil que envolve o registro de um ágio, o registro de um ágio ou deságio em uma subscrição de ações somente é possível se a subscritora sofrer variação no percentual de sua participação societária. Diante dessa necessidade, como visto, caso a CSN tivesse capitalizado a dívida da GALVASUD diretamente, não haveria qualquer variação, pois,

tendo ela passado a deter 100% das ações da GALVASUD, o aporte não causaria qualquer variação em sua participação.

No entanto, qual foi o plano adotado pelo Grupo CSN: antes de registrar a aquisição das ações alienadas pela TKS, o Grupo registrou a subscrição de capital na GALVASUD realizada exclusivamente pela CSN I. Assim, como foram emitidas ações sem valor nominal, a CSN I acabou adquirindo parte do percentual de participação detida pela CSN e pela TKS. Todavia, poucas horas depois, o Grupo CSN adquiriu as ações da TKS e essa empresa saiu do quadro acionário da GALVASUD.

Dessa forma, o Grupo CSN aparentou ter adquirido percentual de ações da GALVASUD dele mesmo, assim como percentual da TKS que já estava a ele alienado. Contudo, tal aquisição nunca ocorreu, porque, como já demonstrado, a CSN I era apenas uma extensão da CSN, e a TKS transferiu suas ações não em razão dessa subscrição, mas sim em face da alienação firmada com a CSN.

Portanto, quanto ao ágio I, por meio da interposição da CSN I, o Grupo CSN logrou registrar um ágio que não seria registrado caso a CSN tivesse feito diretamente a subscrição de capital na GALVASUD mediante a capitalização de sua dívida. Por meio da CSN I, o Grupo CSN criou uma aparente situação de variação de percentual de participação societária. Aparente porque, na realidade, tal variação nunca existiu, uma vez que em razão de horas a TKS alienou todas as suas ações, e a CSN I não tinha qualquer independência quanto a CSN.

Por oportuno, vale ressaltar que não se está aqui defendendo a invalidade das operações realizadas, mas apenas os seus efeitos fiscais. Assim, de acordo com a legislação tributária, não é possível o surgimento e dedução de um ágio decorrente de uma subscrição de ações que não proporcione verdadeira variação em seu percentual de participação no investimento. Por outro lado, não é possível a dedução de um ágio oriundo de uma “confusão patrimonial” onde não há a participação do real adquirente do investimento.

Quanto ao ágio I, a autuação ressaltou que, a despeito de a CSN I ter subscrito ações da GALVASUD por valor superior ao de patrimônio líquido, o ágio decorrente dessa operação não é dedutível de acordo com a legislação tributária.

Conforme analisado no item anterior, a possibilidade do tratamento tributário estabelecido no artigo 386 do RIR/99 (casos de incorporação) surge com a geração de ágio na aquisição de participação societária, já existente, avaliada pela equivalência. Ocorre que, nesta operação específica, a CSN I não adquiriu participação societária já existente de outro acionista da GALVASUD S/A avaliada pela equivalência, mas, como perfeitamente caracterizado nas Atas de Assembleia Geral Extraordinária tanto da CSN I quanto da própria GALVASUD, o fato ocorrido foi uma integralização de capital. Daí que, por este motivo, não há que se caracterizar a operação como geradora de ágio, até mesmo porque, conforme já citado no item anterior, absurdo querer determinar valor patrimonial de ações que não existiam anteriormente com a finalidade de apurar ágio na aquisição de participação societária avaliada pela equivalência. (grifo nosso)

Quanto ao ágio II, o Fiscal destacou que, apesar de a CSN I ter registrado as ações da GALVASUD como cessionária do contrato de compra das referidas ações, a legislação exige que a participação na incorporação da real adquirente do investimento.

Entretanto, cabe determinar a partir de quando haveria a possibilidade desta amortização, uma vez que se for considerada que a compra das ações foi efetivada pela CSN, a amortização seria somente possível a partir da incorporação da GALVASUD pela CSN, ou seja, a partir de fevereiro de 2010. Caso considere-se que a compra das ações foi efetivada pela CSN I, a amortização seria somente possível a partir da incorporação da CSN I pela GALVASUD, ou seja, a partir de outubro de 2008. (grifo nosso)

4) Da impossibilidade de aproveitamento fiscal de ágio já amortizado contabilmente: após a incorporação da CSN I pela GALVASUD, essa última empresa passou a excluir de sua tributação o saldo dos ágios amortizados contabilmente pela CSN I, mas não deduzidos tributariamente (registrados na parte B do LALUR).

Tal como apurado pela Fiscalização, após o registro dos ágios I e II em 06/2004, a CSN I passou a amortizá-los contabilmente, mas, como não havia autorização legal para a sua dedução fiscal, as amortizações foram registradas na parte B do LALUR. Entretanto, quando da incorporação da CSN I, esse saldo registrado alcançava o montante de R\$ 175 milhões.

Por fim, com a incorporação da CSN I, a GALVASUD absorveu esse saldo e passou a excluí-lo da tributação à razão de 1/60 avos. O saldo restante do valor total dos ágios registrados (R\$ 20 milhões) também foi deduzido pela GALVASUD, contudo, como despesa de amortização. Assim, portanto, a GALVASUD, após a incorporação da CSN I, assegurou a amortização fiscal integral dos ágios registrados, mesmo tendo a maior parte do valor desses ágios já sido amortizado contabilmente.

Todavia, em que pese o método contábil adotado pelo contribuinte, destaca-se que não é possível a amortização fiscal do ágio ocorrer de forma dissociada da sua amortização contábil. Não há como, portanto, a amortização contábil ser acumulada para posterior aproveitamento fiscal. Isso porque, conforme determina a legislação aplicável, os efeitos fiscais são atribuídos à amortização do ágio conforme se concretiza o fundamento econômico sobre o qual se pautou o seu pagamento.

Face ao exposto, requer a União seja dado provimento ao recurso de ofício, mantendo-se incólume o lançamento fiscal questionado.

Contrarrazões da autuada às fls. 4.410/4.433, que aduz os seguintes argumentos:

1) breve sumário das operações societárias e negociais:

- acontecimento nº 1: GALVASUD obtém financiamento para expansão das atividades operacionais. Tais contratos previam encargos usuais de financiamentos e encargos devidos caso os empréstimos fossem quitados de forma antecipada (*break funding fees*);

- acontecimento nº 2: desavença societária entre a Recorrida e a TKS leva os sócios à decisão de efetuar leilão privado para que um dos dois sócios compre a participação detida pelo outro na GALVASUD;

- acontecimento nº 3: a Recorrida restou vencedora do referido leilão. Haveria duas grandes operações principais necessárias para o fiel cumprimento do avençado: o pagamento pela vencedora de todos os contratos de empréstimos bancários tomados pela

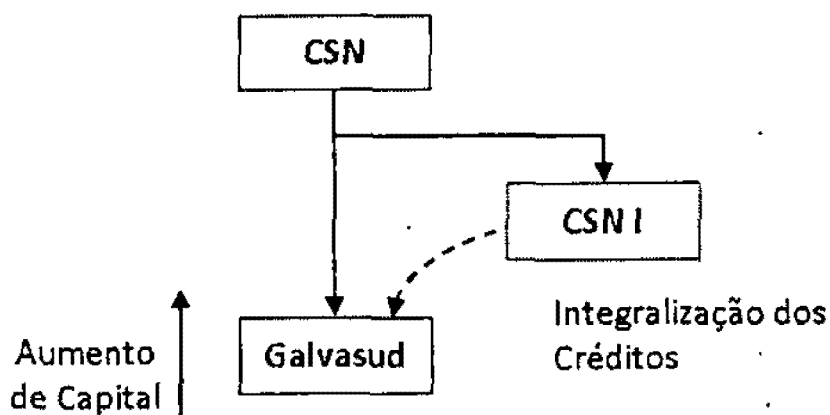
GALVASUD e o pagamento do valor das ações da GALVASUD conforme definido no leilão. A Recorrida deliberou que a empresa do Grupo que realizaria todas as operações seria a CSN I.

Assim, a CSN I, diretamente ou indiretamente, pela Recorrida - como se verá no detalhamento dos fatos - implementou as condições para a saída da TKS da sociedade, o que lhe possibilitou a aquisição da participação societária que a TKS detinha na GALVASUD. Importante ter o pressuposto de que, no contrato de compra de ações (doc. 5 da impugnação), previu-se que a vencedora do leilão poderia ceder os direitos oriundos do contrato a qualquer uma de suas controladas, afiliadas ou subsidiárias, como é praxe nos negócios desta natureza e monta. Desse modo, com esteio em deliberação de sua administração e em previsão contratual, a Recorrida cedeu à sua controlada CSN I os direitos e obrigações do contrato firmado com a TKS em virtude do leilão;

- acontecimento nº 4: no dia 22 de junho de 2004, em assembleia geral extraordinária (doc. 7 da impugnação), a empresa CSN I, controlada direta da Recorrida, deliberou a emissão de 8.262.865.920 novas ações ordinárias, com preço de emissão em R\$ 0,051 por ação, fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura da companhia, totalizando o valor de R\$ 425.662.777,30. As novas ações foram subscritas e integralizadas pela Recorrida, mediante a cessão para a CSN I dos direitos creditórios que aquela detinha na empresa GALVASUD. Consequentemente, o capital social da CSN I foi aumentado em R\$ 425.662.777,30, de R\$ 1.800,00 para R\$ 425.664.577,30 (doc. 7 da impugnação);

- acontecimento nº 5: em assembleia de 22 de junho de 2004 (doc. 8 da impugnação), a empresa GALVASUD emitiu 8.262.865.920 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, com preço de R\$ 0,051 por ação, totalizando o valor de R\$ 425.662.777,30, com a renúncia expressa dos acionistas ao direito de preferência em participar do aumento de capital da companhia. As novas ações emitidas pela GALVASUD foram escritas e capitalizadas pela CSN I mediante a capitalização dos direitos creditórios que detinha contra a GALVASUD.

É de extrema importância notar que esta subscrição de capital na empresa GALVASUD pela empresa CSN I foi feita com ágio, ou seja, a CSN I integralizou um direito por valor superior ao valor patrimonial (contábil) equivalente ao percentual de capital subscrito.



Aumento de Capital - Galvasud	
n. de Ações	8.262.865.920
Valor Integralizado CSN I	425.662.777,30
Valor por Ação	0,0515

Ágio Gerado (Fato I)	
PL Galvasud (R\$)	375.936.660,72
n. de Ações	8.262.865.920
Valor Integralizado CSN I	425.662.777,30
PL Percentual Adquirido	263.230.849,84
Ágio (= Valor Integralizado - PL	162.431.927,46

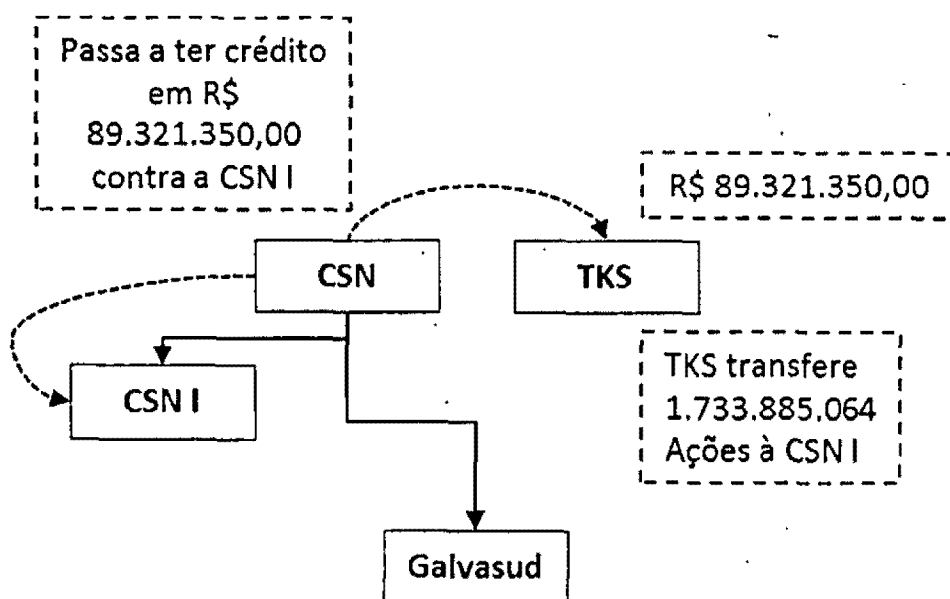
Ou seja, antes da entrada da nova acionista na GALVASUD, o valor patrimonial por ação era de R\$ 0,04876, ao passo que o valor por ação integralizado pela CSN I com os créditos foi de R\$ 0,05152.

Acionista	Número de Ações	Valor em R\$	%	Valor por Ação
CSN	1.804.655.883	87.995.882,91	15,29%	0,04876
TKS	1.733.885.064	84.545.063,97	14,69%	0,04876
CSN I	8.262.865.920	425.662.777,30	70,02%	0,05152
Total	11.801.406.867	598.203.724,18	100,00%	

Em valores absolutos, o ágio gerado nesta aquisição via subscrição de capital (aquisição primária), avaliado pela diferença entre o total do valor integralizado (isto é, R\$ 425.662.777,30) e o valor percentual do patrimônio líquido da empresa investida (isto é, da GALVASUD, em R\$ 263.230.849,84), resultou em ágio de R\$ 162.431.927,46. Tal ágio foi registrado contabilmente pela CSN I em subconta relacionada à conta de investimento que registrou a aquisição/subscrição das ações da GALVASUD;

- acontecimento nº 6: na mesma AGE (doc. 7 da impugnação) do dia 22 de junho de 2004, a CSN I deliberou no sentido de que a companhia assinasse todos os contratos e quaisquer outros documentos relacionados à compra da participação da GALVASUD, detida pela TKS. Assim operou-se a execução do contrato cedido pela Recorrida à CSN I;

- acontecimento nº 7: por questões comerciais e negociais, a Recorrida, ao ceder para a sua controlada, a CSN I, os direitos e deveres do contrato de compra de ações com a TKS, pagou à vendedora (TKS) o valor de R\$ 89.321.350,00 pelas ações detidas pela TKS na GALVASUD. Contudo, tratou-se de pagamento em nome de sua afiliada, a CSN I. Disso, gerou-se um contas a pagar/contas a receber entre a CSN I e CSN (Recorrida), respectivamente, um direito de crédito da CSN (Recorrida) com a CSN I (doc. 9 da impugnação);



Ágio Gerado (Fato II)	
PL Galvasud (R\$)	375.936.660,72
Total Ações Adquiridas	1.733.885.064,00
Valor Pago	89.321.350,00
PL Percentual Adquirido	55.225.095,46
Ágio (= Preço - PL Percentual)	34.096.254,54

Logo, a operação acima resultou no registro contábil de ágio na aquisição de ações por parte da CSN I, no valor de R\$ 34.096.254,54 ("ágio fato II"), resultado da diferença entre o valor pago (R\$ 89.321.350,00) e o valor do PL proporcional ao percentual adquirido (R\$ 55.225.095,46).

- acontecimento nº8: no dia 27 de julho de 2004, logo após a operação descrita anteriormente (isto é, "ágio I"), que culminou com a diluição dos acionistas originais da GALVASUD, ou seja, a Recorrida e a TKS tiveram suas participações percentuais reduzidas, como se vê no quadro antes evidenciado, e a CSN I passou a ser a principal acionista da empresa GALVASUD.

A Assembleia Geral Extraordinária (doc. 10 da impugnação) da CSN I deliberou a emissão de 1.733.885.080 de novas ações ordinárias, ao valor de R\$ 0,051 cada, totalizando o montante de R\$ 89.321.350,00. Tais ações foram subscritas pela Recorrida e

integralizadas mediante a conversão em capital do débito registrado pela CSN I com a Recorrida, no mesmo valor (doc. 09 da impugnação).

Findas estas deliberações e operações societárias, o contrato de compra e venda das ações da GALVASUD, firmado entre a Recorrida (doc. 5 da Impugnação) e a TKS, restou integralmente cedido à CSN I, conforme a deliberação da Recorrida e as cláusulas contratuais que permitiam a cessão. Nota-se, portanto, que a cessão do contrato foi cuidadosamente registrada e operacionalizada do ponto de vista societário e contábil, tanto pela cessão dos créditos em R\$ 425 milhões, sua posterior conversão em capital e o registro dos valores desta etapa, quanto pelo registro do pagamento e da capitalização do valor referente à aquisição direta (aquisição secundária) pela CSN I das ações detidas na GALVASUD pela TKS, no valor de R\$ 89 milhões.

Assim, em resumo, o contrato firmado entre a Recorrida e a TKS para venda das ações via leilão, tendo como operação pressuposta a quitação (sic) dos empréstimos, foi realizada pela empresa CSN I, de tal modo que, pela participação adquirida, a CSN I pagou à TKS o valor de R\$ 89.321.350,00, conforme comprovante de transferência bancária (doc. 11 da impugnação). Ainda, como parte das obrigações da aquisição, o contrato de venda das ações (letra c do item 7) previa que o licitante vencedor, no caso a Recorrida, deveria quitar (sic) antecipadamente todos os contratos de financiamento da GALVASUD, para fins de liberar o acionista perdedor de qualquer responsabilidade financeira oriunda destes contratos.

Com o objetivo de que não parem dúvidas, é fundamental entender a relação entre Recorrida, CSN I, GALVASUD e TKS. Como a quitação (sic) dos empréstimos bancários em nome da GALVASUD era um pressuposto para concretização do negócio, a Recorrida realizou tais pagamentos. Como resultado desta primeira operação, a Recorrida tornou-se credora da GALVASUD. Este direito creditório foi registrado na contabilidade da GALVASUD em conta de Patrimônio Líquido de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC (doc. 12 da impugnação).

É mister apontar que os valor de "encargos pela liquidação antecipada", conhecidos como *break funding costs*, foram lançados na conta de AFAC e em contrapartida à conta de resultado, como despesa do exercício da GALVASUD S/A. Naturalmente, a despesa reduziu as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2004.

A despesa com o *break funding costs* foi objeto de glosa em fiscalização iniciada em 2007, que culminou no processo nº 12897.000035/2008-46. Em tal processo, todas as operações relativas ao leilão e à compra ora em discussão já foram analisadas pela Fiscalização, sendo que muitos dos documentos destes autos são frutos dos autos do mencionado processo, o qual, após a decisão do CARF contrária ao contribuinte, conforme acórdão nº 1301001.037, proferido pela 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF em 11 de setembro de 2012, está aguardando julgamento de embargos de declaração, diferentemente do que alegou a Fiscalização ao afirmar que já houve julgamento definitivo no âmbito administrativo para o referido processo;

- acontecimento nº 9: após aproximadamente 4 anos desses fatos, em 30 de outubro de 2008, a CSN I foi incorporada à GALVASUD (doc. 13 da impugnação). Assim, o ágio registrado em sua contabilidade foi transferido ao patrimônio da GALVASUD, com base no controle do LALUR. Isso, pois, de junho de 2004 a outubro de 2008, a CSN I amortizou contabilmente o valor de R\$ 175.647.508,28, controlando este saldo no Lalur.

De outubro de 2008 a dezembro de 2009, os saldos do "ágio II" foram amortizados fiscalmente pela GALVASUD, via exclusões no Lucro Real e na apuração da base de cálculo da CSLL, gerando, assim, exclusão mensal nas respectivas bases no valor de R\$ 348.011,23. Em relação ao "ágio I", da mesma forma, durante os meses de outubro de 2008 a dezembro de 2009, a GALVASUD excluiu da apuração dos tributos incidentes sobre o lucro o valor mensal de R\$ 2.930.075,55;

- acontecimento nº 10: em 29 de janeiro de 2010, a GALVASUD foi incorporada (doc. 14 da impugnação) à Recorrida. Assim, o saldo fiscal dos dois ágios foi transferido à Recorrida e controlado no Lalur. A Recorrida, por sua vez, passou a amortizar o ágio gerado no "Fato I", no montante de R\$ 2.930.075,55, por mês, entre Jan/2009 a Dez/2010, e amortizou o montante de R\$ 348.011,23, relativo ao "ágio II", durante o mesmo período.

2) Equívocos da Fiscalização e acertos do acórdão recorrido: quanto ao "Fato I", ou seja, no que toca à cessão dos direitos creditórios e posterior integralização do respectivo valor em aumento de capital na GALVASUD pela CSN I, afirmou o agente fiscal que esta pessoa jurídica (CSN I) não teria adquirido participação societária já existente de outro acionista. Disse o servidor que *"por este motivo, não há que se caracterizar a operação como geradora de ágio, até mesmo porque, conforme já citado no item anterior, absurdo querer determinar valor patrimonial de ações que não existiam anteriormente com a finalidade de apurar ágio na aquisição de participação societária avaliada pela equivalência"*.

Mais além, o autuante manifestou, para desconstituir o ágio, que o preço de emissão foi de R\$ 0,051 por ação, o que, multiplicado pelo número de ações emitidas, resultou no montante de R\$ 425.662.77,30; logo, não existiu ágio.

No arremate, o autuante firmou-se no entendimento segundo o qual "não há que se falar em ágio na subscrição e integralização de capital".

A Fiscalização não atacou a existência do ágio no "Fato I", isto é, aceitou todos os fatos e registros como foram descritos pelo contribuinte para, simplesmente, glosar as exclusões do ágio com esteio na tese de que não haveria espaço para a geração de ágio em operação de subscrição de ações, tese esta que, claramente, não tem qualquer embasamento teórico-jurídico.

Em relação ao ágio gerado no "Fato II", compra das ações da GALVASUD detidas pela TKS, a Fiscalização admite o ágio apenas em relação à parcela amortizada após a incorporação da GALVASUD pela Recorrida, ou seja, em janeiro de 2010. Vale dizer que, no entender do autuante, não houve a cessão dos direitos do contrato para a CSN I. Nesses termos, a empresa que deveria ter, em tese, registrado o ágio era a Recorrida e não a CSN I.

É importante ressaltar que a Fiscalização, em momento algum, questionou a validade das operações, nem o registro e a existência do ágio e dos negócios jurídicos envolvidos, mas, sim, apenas, os efeitos tributários dos fatos.

Que fique claro que não se está diante de um cenário de "planejamento tributário", já que o agente fiscal não identificou vícios nos negócios jurídicos que poderiam embasar eventual questionamento acerca da validade dos negócios. Pautou-se o autuante pelas questões, do ponto de vista meramente teórico, quanto à possibilidade de existir ágio na subscrição de ações ("Fato I") e o fato de ter ocorrido a cessão dos direitos do contrato de compra e venda de ações ("Fato II").

Contudo, o acórdão recorrido acertou ao identificar e demonstrar que, do ponto de vista jurídico, o ágio pode ser reconhecido mesmo em uma aquisição por subscrição de ações.

Em relação ao “Fato II”, a Fiscalização não aceitou o fato objetivo de que a Recorrida cedeu os direitos do contrato de compra e venda à CSN I. Para tanto, o autuante baseou-se na suposta falta de apresentação, pela Recorrida, de documento comprobatório de que a CSN I *"teria realizado as declarações, garantias e pactos previstos na cláusula 10.3.1 do contrato de compra de ações"*.

Ocorre que, como bem salientado pela Turma julgadora, tal documento, além de não essencial à prova do fato debatido, foi suficientemente suprido pelo farto material probatório acostado aos autos.

3) Dos limites objetivos da lide: o Auditor-Fiscal reconheceu que os fatos relatados no Termo de Verificação Fiscal são incontroversos, ao explicitar que, *“em suma, nenhuma das operações e transações até aqui relatadas foram questionadas em relação à sua veracidade, legalidade e autenticidade dos documentos anexados ao processo que lhe deram suporte”*. Nessa mesma linha, o julgador de primeira instância relatou que *“a autoridade autuante não questionou a efetiva ocorrência dos fatos descritos nos registros contábeis e documentos que lhe foram apresentados e nem os valores neles envolvidos. Não foi, tampouco, posta em dúvida a consistência, a substância ou a racionalidade econômica dos eventos societários narrados. A lide limita-se, portanto, aos efeitos dos fatos - incontroversos trazidos aos autos.”*

Portanto, a lide não comporta ou comportará discussões acerca dos fatos em si, o que equivale a reconhecer a licitude da operação (isto é, não houve simulação), o efetivo pagamento do preço que deu causa ao ágio, a ocorrência da subscrição, a existência das empresas envolvidas, os registros contábeis postos em evidência, os registros societários e todos os efeitos jurídicos que destes decorram.

Sendo assim, a matéria que compõe a presente lide já está praticamente pacificada por este órgão julgador administrativo, a teor das decisões proferidas pelas Câmaras ordinárias e pela Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). A propósito, ver Caso Johnson - acórdão nº 1202-000.884, em sessão de 03 de outubro de 2012, da 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da 1ª Seção – e Caso CPQ - acórdão nº 9101-001.657, em sessão de 15 de maio de 2013, da CSRF.

Em síntese, resta a ser confirmado por este Conselho que a subscrição de ações se traduz em verdadeira aquisição de participação societária.

4) O afastamento da preliminar de nulidade pela instância *a quo*: a Recorrida submeteu-se à fiscalização anterior, que escrutinou o período em que se originou o ágio, conforme o exposto no Termo de Verificação Fiscal (ano-calendário de 2004). Tal ação fiscal visou, justamente, a averiguar a regularidade da apuração dos tributos lançados (IRPJ/CSLL). Como consequência dessa fiscalização, a empresa GALVASUD foi autuada, lavrando-se auto de infração no qual asseverou-se a indedutibilidade dos valores de *"break funding costs"*, consoante o apurado no processo nº 12897.000035/2008-46, o qual, diferentemente do alegado nos presentes autos, ainda não está encerrado, uma vez pendente de julgamento de embargos de declaração opostos contra decisão do CARF em cujo bojo manteve-se a glosa das precitadas

despesas. Assim, é nítido que houve homologação expressa acerca dos fatos que originaram o ágio, afinal o período foi fiscalizado sem qualquer discussão sobre esse ágio.

Anote-se, ainda, que a GALVASUD tornou-se sucessora da CSN I em 2008, motivo por que todos os atos realizados pela CSN I passaram a estar sob a responsabilidade e ônus de sua incorporadora. Por conseguinte, tendo em conta que o período da fiscalização anterior abrangeu o ano-calendário de 2004, devem ser considerados expressamente homologados todos os fatos ocorridos no ano fiscalizado, dentre eles o ágio surgido na CSN I, em razão das operações que culminaram na subscrição de novas ações da GALVASUD, e a aquisição das ações da GALVASUD pertencentes à TKS.

Em face de tais circunstâncias, requereu-se, em primeira instância, o reconhecimento da nulidade do auto de infração ante o fato de já ter ocorrido a homologação expressa - em vista do período e dos fatos já terem sido objeto de fiscalização anterior, de acordo com os autos do processo nº 12897.000035/2008-46, sabendo-se que já se transcorreu o prazo previsto no artigo 150, § 4º do CTN.

A despeito dos fundamentos acima aduzidos, a Colenda Turma Julgadora não vislumbrou a existência do vício referido. Contudo, espera-se que esta Turma agora reveja a decisão recorrida, o que certamente levaria à conclusão de que há, de fato, nulidade no auto de infração.

Diante de todo o exposto e de tudo mais que dos autos consta, são as presentes contrarrazões para requerer:

a) que seja ratificado o entendimento da DRJ, no sentido de que a subscrição de novas ações é forma de aquisição de participação acionária que pode gerar ágio na forma dos artigos 385 e 386 do RIR;

b) que seja mantido o acórdão no tópico que afirma a existência de provas que demonstram a efetiva cessão dos direitos do contrato de compra e venda para a CSN I, assim, validando-se o ágio gerado;

c) subsidiariamente, apenas para argumentar, na afastada hipótese de não ser mantida a decisão da DRJ, que seja declarada a nulidade do auto de infração em vista da homologação expressa dos fatos ocorridos no ano de 2004 e tácita.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

Uma vez reunidos os requisitos para a admissibilidade do recurso de ofício, dele conheço.

Já superada a questão relativa ao limite de alçada previsto na Portaria MF nº 3/2008, mostra-se necessário reconhecer os limites postos pelo ordenamento jurídico à cognição da presente instância recursal.

Antes de tudo, deve-se assentar que o denominado recurso de ofício não conserva a natureza de recurso, propriamente, uma vez que a este se impõe a exigência da voluntariedade¹. Com efeito, o recurso de ofício é um ato jurídico obrigatório, em consonância com os termos fixados pelo artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, fonte normativa do dever jurídico que recai sobre a autoridade julgadora de primeira instância, atribuindo-lhe a tarefa de remeter, para reapreciação em segunda instância, “a decisão que exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor” acima do limite de alçada. Tal caráter peculiar, que o distingue dos recursos, ainda se torna mais visível diante do que prevê o § 2º do artigo 34 do mesmo Decreto, o qual estabelece que, “não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade”.

Ainda sobre o mesmo tema, cabe recordar que o parágrafo único do artigo 42 do citado Decreto nº 70.235/1972, abaixo transcrito, estabeleceu que o reexame da decisão contrária à expectativa de receita tributária, traduzida no auto de infração impugnado, é condição cujo implemento confere eficácia à decisão estatal administrativo-tributária²:

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Nessa mesma linha, colhem-se as palavras de Neder e López, a propósito do tema em debate, no sentido de que a decisão administrativa, no âmbito do processo administrativo fiscal, “não tramita em julgado e, conseqüentemente, não produz efeitos³, enquanto não suprida a falta do reexame pela autoridade julgadora da instância superior. Explique-se que tal situação deriva da ideia de que a expectativa de receita frustrada, em consequência de uma decisão da própria Administração Tributária, deve ser revista em nome do interesse público, tendo em vista a necessidade de recursos financeiros para a satisfação das perspectivas orçamentárias. Em outros termos, esse reexame obrigatório é um privilégio conferido à Fazenda Nacional, fundado na concepção de que uma segunda opinião da própria Administração Tributária reforça as cautelas em prol do interesse público, que está subjacente à obrigatoriedade do reexame.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, apud Barbosa Moreira. Lições de Direito Processual Civil, volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45. Para o autor, recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”

² Decreto nº 7.574/2011, artigo 72: “Enquanto não decidido o recurso de ofício, a decisão a ele correspondente não se torna definitiva (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 42, parágrafo único).”

³ NEDER, Marcus Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa Nartínez. Processo administrativo fiscal federal comentado. São Paulo: Dialética, 2002, p. 336.

Perante as características supracitadas e em face da imposição legal de uma reapreciação do julgamento anterior, tornou-se comum encontrar o denominado recurso de ofício, em livros de doutrina, com o título de reexame necessário, seguindo o que a doutrina e a jurisprudência do processo civil já fazem, de longa data, com o instrumento disciplinado no artigo 496⁴ do atual Código de Processo Civil. E assim deve ser tratado, no presente, daí ressaltando-se que não se pode reexaminar toda a decisão administrativa, mas, apenas, os pontos da acusação que foram rejeitados e os fundamentos que embasaram a exoneração do crédito tributário constituído mediante a lavratura dos autos de infração impugnados. Assim, depreende-se que não se pode reapreciar a questão referente à homologação expressa acerca dos fatos que originaram o ágio, trazida à baila pela Recorrida em suas contrarrazões com o pedido de reconhecimento da decadência, já que a tese centrada nos efeitos do tempo sobre o direito potestativo do Estado de efetuar o lançamento tributário não constituiu fundamento para a anulação dos autos de infração. Admitir o contrário implicaria autorizar o desequilíbrio de armas entre a Recorrida e a Fazenda Pública, porquanto a posição desta última, no recurso *ex officio*, não lhe facultava meios objetivos de previamente conhecer teses-surpresa que poderiam surgir nas contrarrazões para, à vista disso, adequadamente compor argumentos contrários.

Adiante, avança-se à delimitação objetiva da acusação ao intento de demarcar as fronteiras do reexame necessário. Para tal desiderato, anoto que o campo "DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO(S) LEGAL(IS)" dos autos de infração de IRPJ, à fl. 3.848, e da CSLL, à fl. 3.857, remete a instância *ad quem* ao Termo de Constatação e Verificação Fiscal nº 4, às fls. 3.814/3.837, onde estão narrados os fatos da acusação.

De início, o "FATO 1" - "integralização de Capital da CSN I na GALVASUD", às fls. 3.831/3.832:

IV. II – Fato 1: Integralização de Capital da CSN I na GALVASUD

Segundo o contribuinte, teria havido apuração de ágio quando da integralização de capital realizada pela CSN I no valor de R\$ 425.662.777,30 na GALVASUD S/A; tendo em vista a deliberação expressa contida em Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 22/06/2004 da própria GALVASUD S/A, no sentido da emissão de 8.262.865.920 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, com preço de R\$ 0,05151515 cada, totalizando R\$ 425.662.777,30, com expressa renúncia dos acionistas aos respectivos direitos de preferência.

Por esta apuração, o contribuinte teria, segundo seu entendimento, direito a amortizar o referido ágio, fundamentado em previsão dos resultados nos exercícios futuros, à razão de um sessenta no máximo para cada mês nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação da CSN I pela GALVASUD S/A.

⁴ Código de Processo Civil, art. 496: " Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

Conforme analisado no item anterior, a possibilidade do tratamento tributário estabelecido no artigo 386 do RIR/99 (casos de incorporação) surge com a geração de ágio na aquisição de participação societária, já existente, avaliada pela equivalência. Ocorre que, nesta operação específica, a CSN I não adquiriu participação societária já existente de outro acionista da GALVASUD S/A avaliada pela equivalência, mas, como perfeitamente caracterizado nas Atas de Assembleia Geral Extraordinária tanto da CSN I quanto da própria GALVASUD, o fato ocorrido foi uma integralização de capital. Daí que, por este motivo, não há que se caracterizar a operação como geradora de ágio, até mesmo porque, conforme já citado no item anterior, absurdo querer determinar valor patrimonial de ações que não existiam anteriormente com a finalidade de apurar ágio na aquisição de participação societária avaliada pela equivalência.

Por outro lado, também não ocorreu a segunda hipótese para a geração de ágio nesta operação, ou seja, diferença do valor pago na integralização e o valor/preço de emissão destas ações. O preço de emissão foi de R\$ 0,05151515 por cada ação, que multiplicado pelas 8.262.865.920 ações emitidas, resultou no montante de R\$ 425.662.777,30, exatamente o mesmo valor integralizado, portanto não gerando qualquer ágio. Considerando-se que a operação foi realizada em 22 de junho de 2004, cabe verificar se estaria enquadrada no disposto no artigo 36 da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002.

A condição primeira para a aplicabilidade deste artigo era a integralização de ações subscritas com participação societária, de tal forma que o eventual ágio registrado nesta participação poderia ser "carreado" para a empresa em que houve o aumento de capital e, na eventual incorporação reversa, o referido ágio poderia ter o tratamento dispensado no artigo 386 do RIR. Exemplificando teríamos:

- ✓ caso a CSN, com participação societária na GALVASUD, resolvesse integralizar ações subscritas na CSN I, com a participação societária da GALVASUD avaliada economicamente, o eventual "ganho" apurado pela CSN na integralização das ações subscritas na CSN I não seria tributado de imediato, para fins de IRPJ e CSLL. Por outro lado, o ágio carreado da CSN I para a GALVASUD, quando da incorporação da primeira pela segunda seria dedutível tanto na apuração do lucro real quanto na base de cálculo da CSLL a ser apurado na GALVASUD, em conformidade com o artigo 386 do RIR, ou ainda;
- ✓ caso a CSN I tivesse integralizado ações subscritas na GALVASUD por meio de qualquer participação societária que ela detivesse, o eventual ágio carreado para a GALVASUD, quando da incorporação da primeira pela segunda seria dedutível,

tanto na apuração do lucro real quanto na base de cálculo da CSLL a ser apurado na GALVASUD, em conformidade com o artigo 386 do RIR.

Ocorre que na integralização de capital da CSN I na GALVASUD, nenhuma das condições estabelecidas pelo então artigo 36 da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002 foram estabelecidas, fundamentalmente porque a CSN I não integralizou ações na GALVASUD com participação societária, mas com a capitalização de créditos que a CSN I S/A tinha contra a GALVASUD S/A no valor de R\$ 425.662.777,30. Evidentemente que sobre créditos não há que se falar em ágio, muito menos na aplicabilidade do artigo 386 do RIR quando a GALVASUD incorpora a CSN I.

Desta maneira, em nenhuma das hipóteses estabelecidas por lei houve geração de ágio na integralização de capital da CSN I na GALVASUD S/A e, por consequência, nenhuma possibilidade para a aplicabilidade do artigo 386 do RIR quando a GALVASUD incorpora a CSN I. Assim sendo, o cálculo apresentado pelo contribuinte não se refere à apuração de ágio, mas ao cálculo do ganho/perda resultante das participações societárias avaliados pelo método de equivalência patrimonial em função da variação na porcentagem de participação. Este ganho/perda, assim como o respectivo ajuste do valor contábil do investimento, tem o tratamento tributário determinado nos artigos 388, 389 e 428 do RIR/99, com base legal no Decreto-Lei nº 1598, de 1977, artigos 22e 23.

Isto significa que tal resultado deveria ser computado na apuração do lucro líquido do respectivo Balanço e excluído na determinação do lucro real. Ao mesmo tempo, o valor contábil do investimento teria que ser ajustado mediante a somatória do ganho ou perda. Portanto, procedimento completamente diverso no caso de surgimento de ágio/deságio na aquisição de participação societária, quando, após a avaliação do investimento no momento da aquisição para determinação do valor patrimonial da ação e consequente cálculo do ágio, desdobra-se o custo de aquisição e a parte relativa ao ágio é registrada em subconta distinta do custo de aquisição do investimento, conforme determina o artigo 385 do RIR e cujo aproveitamento na incorporação é determinado pelo artigo 386 do RIR.

Assim sendo, impropriedades todas as exclusões efetuadas no LALUR da GALVASUD S/A e da CSN, no período compreendido entre outubro de 2008 a dezembro de 2010, referentes à parcela de amortização de ágio em investimento decorrentes da integralização de capital da CSN I na GALVASUD S/A (fato 1), sendo que a glosa destas exclusões será efetuada por meio de processo administrativo fiscal de auto de infração.

Perceba-se que se está a discutir sobre fatos ocorridos em 2004, não obstante abarcados, nestes autos, apenas os reflexos tributários destes mesmos fatos nos anos-calendário de 2008 e 2009, após a incorporação da CSN I pela GALVASUD.

Como já relatado, gerou-se uma mais-valia com a capitalização de um crédito da CSN I em face de GALVASUD. Esse crédito, por sua vez, que fora transferido para CSN I pela CSN quando da subscrição do capital integralizado na primeira pela segunda, nasceu no momento em que a CSN efetuou o pagamento de dívidas contraídas pela GALVASUD.

Para a Fiscalização, esta mais-valia não pode ser tratada como ágio dedutível, em caso de fusão, cisão ou incorporação, pois, segundo seu raciocínio, é inconcebível a

geração de ágio em caso de subscrição de ações em investimento não existente, anteriormente à subscrição.

A Fiscalização seguiu a linha tortuosa que culminou com a subsunção dos fatos apurados ao artigo 428 do RIR/99, *verbis*:

"Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso V).

Parágrafo único. Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, decorrentes da variação no percentual de participação, no capital da investida, terão o tratamento previsto no art. 394 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, § 6º)

Com efeito, a subsunção da conduta ao artigo 428 do RIR/99 parte do princípio de que, em investimento avaliado pela equivalência patrimonial, quando um investidor decida subscrever e efetiva a subscrição no capital de uma pessoa jurídica, de tal forma a **alterar a proporção da participação dos sócios que já participavam no capital da investida**, provocará a geração de um ganho ou uma perda de capital para cada investidor, que corresponderá à variação do percentual de participação de cada sócio. O tratamento tributário do ganho ou da perda que se apurar, nesses casos, é regulado pela artigo 428 do RIR/99.

Se a investidora subscrever um percentual maior do que aquele que mantinha anteriormente, acarretará diluição no percentual de participação dos demais sócios, por não exercerem seu direito de preferência. Se um dos sócios nada subscrever, enquanto os outros sócios subscrevem, diluirá a participação daquele que preferiu não exercer seu direito de preferência. Pode, inclusive, ingressar um sócio novo, cuja subscrição altere o proporção na participação dos demais.

Portanto, o que deve ficar claro é que o artigo 428 só é aplicável ao acionista que já participava do capital social da investida, no instante imediatamente anterior à subscrição de capital. O ganho ou a perda de capital a que se refere o artigo 428 do RIR/99 decorre da variação do percentual de participação daquele investidor que, no momento imediatamente anterior à subscrição, já mantinha investimento na pessoa jurídica investida.

Como foi dito, a regra do artigo 428 do RIR/99 não pode ser aplicada a investidor novo, aquele que subscreve capital pela primeira vez na pessoa jurídica. É intuitivo que, nesse caso, não há que se falar em variação do percentual de participação no capital, pois não havia participação anterior.

No caso em exame, a Fiscalização limitou-se ao investimento **inicial** de CSN I na pessoa jurídica GALVASUD, o que afasta, de plano, a incidência do artigo 428 do RIR/99.

De outra sorte, sublinhe-se que a Fiscalização, ao basear-se no fato por ela deduzido de que não se gerou ágio, na subscrição de capital em investimento não existente, **anteriormente à subscrição**, colidiu com o enunciado da Comissão de Valores Mobiliários, constante do item 7 da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 247/1996, *verbis*:

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

Reitere-se, pois, que o artigo 428 do RIR/99 incide somente sobre investidores que já participavam do capital da investida no momento imediatamente anterior à subscrição, ao passo que os fatos da causa em julgamento estão adstritos a investimentos não existentes ao tempo da subscrição.

A incongruência entre o preceito legal em que se baseou a acusação e os fatos apurados nos autos não favorece a Fiscalização, já que estes fatos convergem para a assertiva de que houve, sim, ágio gerado, na subscrição de capital.

Em investimentos novos, pode surgir ágio na subscrição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial, como manifestou a decisão recorrida, na oportunidade em que também discorreu sobre a variação patrimonial da ação que não existia anteriormente à subscrição:

"Data vênia, a conclusão que emana dos dispositivos legais e dos conceitos contábeis envolvidos é a de que tem razão a impugnante quando afirma que as operações de subscrição de novas ações podem efetivamente gerar ágio passível de posterior amortização, nos termos do art 386 do RIR/1999. Assim demonstraremos. Nos investimentos avaliados pelo custo de aquisição o valor efetivamente pago pela participação acionária corresponderá ao valor a ser ativado. Já nos investimentos realizados em sociedades do mesmo grupo econômico, por força do art 248 da Lei das SA, torna-se obrigatório, para fins de avaliação do novo ativo, a adoção do método de equivalência patrimonial.

Segundo o referido método, o registro no ativo da investidora deve ser efetivado de forma a retratar a aplicação do seu percentual de participação acionária sobre o patrimônio líquido da investida. Ocorre, porém, que nem sempre as aquisições de participações acionárias são feitas pelo seu valor patrimonial. Muitas vezes, por questões de mercado diversas, o preço efetivamente pago fica acima ou abaixo daquele valor, tornando-se imperioso, também, o registro da parcela que indica a defasagem que corresponde, justamente, ao ágio ou deságio.

A idéia de ágio se relaciona, portanto, a preço, ou melhor, a sobrepreço.

Na contabilidade da investidora, tal parcela deve ser destacada a fim de viabilizar o já mencionado método de equivalência patrimonial.

O tratamento tributário conferido ao ágio consta dos arts 385 e 386 do RIR/1999. Tais dispositivos o definem, determinam que seja contabilizado destacadamente e estipulam as hipóteses em que será dedutível, conforme abaixo:

[seguem a transcrição dos artigos 385 e 386 do RIR/99]

Nos termos acima, a legislação tributária define ágio como sendo a diferença entre o valor efetivamente pago pela participação acionária e o seu valor patrimonial. Aponta, ainda, o momento de seu eventual surgimento e possíveis motivações. Note-se que ao tratar do momento do surgimento, faz referência à "aquisição de participação acionária", sem distinguir entre as várias formas por meio das quais tal aquisição pode ocorrer.

Ora, se a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. As aquisições de participação societária podem ocorrer mediante aumento de capital, com subscrição de ações pelo novo sócio, ou mediante compra daqueles que já são sócios e que desejam alienar suas participações. Seja de uma forma ou de outra, com ou sem aumento de capital, o investidor passou a possuir direitos que antes não tinha, fato este que, inequivocamente, indica que tenha ocorrido **aquisição** dos referidos direitos.

Entendo que a subscrição de ações é categoria que não se confunde com a mera aquisição, mas que necessariamente a abarca. É que a subscrição indica não só o aumento do capital da investida, mas também a aquisição de nova participação societária, por parte da investidora. Portanto, representa mais do que uma mera aquisição, fato este que autoriza sua inclusão nas hipóteses tratadas arts 385 e 386 do RIR/1999

Equivocada a afirmação da autoridade autuante de que não haveria como falar em “valor patrimonial” de ação que não existia anteriormente.

Conforme lei das SA (arts 5º e 11 a 14), o estatuto ou a Assembléia Geral fixará o valor do capital social, o número de ações em que se divide, o valor das ações nominais e, no caso de emissão de novas ações não nominais, o preço de emissão.

Assim, após a decisão societária de aumento de capital, fixado o quantitativo de novas ações e o preço de emissão, o valor patrimonial destes ativos passa a ser conhecido, bastando, para tanto, dividir o patrimônio líquido da sociedade pelo total de ações da companhia, já considerada a emissão. Na investidora, o ágio a ser registrado será, justamente, a diferença entre o **total pago pela participação societária e o seu valor de patrimônio líquido** (e não a diferença entre preço de emissão e o de venda, conforme considerou a autoridade autuante)." (grifos do original)

Em decorrência da capitulação no artigo 428 do RIR/99, a fiscalizada empreendeu esforços argumentativos para sustentar a constituição de ágio na subscrição de capital em investimento novo. Daí por que, no presente julgamento, não se pode alegar a máxima segundo a qual o erro na capitulação da infração não dá causa à anulação do lançamento, quando a defesa apresentada evidencia que a parte compreendeu os fatos que lhe foram imputados, pois o que se vislumbra, nestes autos, é que a acusação, conforme formulada, direcionou a então impugnante ao desmonte da premissa fática de que não se gerou ágio, quando da subscrição de capital em investimento novo.

Que se dê, pois, o devido realce às afirmativas da Fiscalização: (i) não se gerou ágio; (ii) houve variação no percentual de participação no investimento, porquanto a partir da negação do ágio deduziu-se a ocorrência de variação da participação no investimento para, em seguida, subsumir-se o fato deduzido (variação no percentual de participação no investimento) ao artigo 428 do RIR/99.

Tendo em conta tal equívoco da Fiscalização, revela-se vedada a alteração do fundamento fático da autuação, na fase de julgamento do processo administrativo, sob pena de agressão ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, considerando que a contribuinte não poderá alterar a tese defensiva já elaborada, e tempestivamente apresentada, refutando o fato de que fora indevidamente acusada.

Em suma, os fatos constantes dos autos não conduzem à pronúncia de violação ao artigo 428 do RIR/99, diversamente do alegado pela Fiscalização. Como destacado, não se gerou variação no percentual de participação em investimento, quando da subscrição de capital da GALVASUD pela CSN I. Nesses termos, não provejo o recurso de ofício quanto ao item em discussão.

No ponto seguinte, a infração relacionada ao FATO II - compra de ações da GALVASUD pertencentes à TKS, às fls. 3.832/3.835.

A questão principal a ser respondida diz respeito às despesas registradas na conta contábil nº 31220103 - "amortização de ágio" - da GALVASUD, no período compreendido entre outubro e dezembro de 2008, e às exclusões efetuadas no LALUR da GALVASUD entre janeiro de 2009 e janeiro de 2010, referentes à parcela de amortização de ágio gerado na compra de ações da GALVASUD pertencentes à TKS. Porém, o ponto nevrálgico dessa questão se situa na definição do momento a partir do qual é permitida a influência da amortização do ágio no resultado tributável, porquanto se estabelecer-se que a compra das ações foi efetivada pela CSN, os efeitos tributários da amortização do ágio gerado nessa compra somente podem operar a partir da incorporação da GALVASUD pela CSN, ou seja, a partir de fevereiro de 2010. Caso se considere que a compra das ações foi efetivada pela CSN I, admitir-se-iam efeitos tributários da amortização após a incorporação da CSN I pela GALVASUD, ou seja, a partir de outubro de 2008.

A esse respeito, relata o autuante que, depois de "avaliados todos os documentos da operação (sic) realizada entre CSN, CSN I e TKS apresentados pelo contribuinte", o que o levou à conclusão de que se celebrou compra e venda entre CSN e TKS, relativamente às ações da GALVASUD, foi a entrega da quantia em dinheiro (transferência bancária) à TKS pela CSN. Dessa maneira, considerou-se que o valor do ágio decorrente da aquisição das ações da TKS poderia ser amortizado, na importância de R\$568.133,74 por sessenta meses, somente a partir da incorporação da GALVASUD pela CSN, isto é, a partir de fevereiro de 2010.

A Fiscalização também descreve que, na relação entre a CSN e TKS, vigia uma cláusula com condição resolutiva a qual determinava que, a partir do momento em que a "afiliada" da CSN procedesse à execução do contrato, incluindo as declarações, garantias e pactos, os efeitos jurídicos de compra e venda entre CSN e TKS deixariam de existir, passando estes efeitos a existir entre vendedora e compradora "afiliada". No entanto, salienta a Fiscalização que, em todo período da ação fiscal, que se estendeu por quase dois anos, "o contribuinte não apresentou qualquer documento hábil à comprovação do cumprimento das cláusulas de cessão do contrato e, portanto, a condição resolutiva".

A DRJ tomou ciência do fato narrado no parágrafo precedente, não obstante relativizar sua importância diante de outros elementos de prova que, "considerados em seu conjunto, se sobrepõem, em valor probatório, à ausência do documento referido". São eles:

1) atas das assembleias realizadas pela CSN e CSN I, todas elas deliberando que esta última seria a adquirente da participação acionária alienada pela TKS. "Estes são documentos contemporâneos aos fatos narrados, registrados na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (Jucerja) e, segundo consta, foram efetivados conforme os requisitos previstos na legislação societária.";

2) o registro de 22/06/2004 consignado no Livro de Transferências das ações Nominativas da GALVASUD, no qual se constata que "teria sido a CSN I a adquirente das 1.733.885.080 ações daquela primeira pessoa jurídica." Frisa a autoridade julgadora da instância *a quo* que a então impugnante juntou aos autos cópia integral do Livro referido, incluindo seu termo de abertura com registro na Jucerja. No mais, acentue-se que, conforme contrato de compra de ações firmado entre a CSN e a TKS (preâmbulo-letra D), "o leiloeiro atuou como fiel depositário do Livro de Transferência de Ações Nominativas da GALVASUD e a ele foram conferidos poderes para, em nome das partes, proceder à assinatura dos termos que integram os registros do referido Livro (fls 4220/4.221)".

Destaca a autoridade da DRJ que a "o valor de prova a ser conferido aos Livros de Transferências das ações Nominativas é matéria regulada pela legislação societária, que expressamente concedeu aos registros neles efetuados o atributo de transferir e definir a titularidade da propriedade dos valores mobiliários", em consonância com o artigo 31⁵ da Lei das SA, com a redação que lhe foi dada pela lei 10.303/2001;

3) "o terceiro indicador de que a CSN I teria sido a adquirente das participações acionárias alienadas pela TKS são os lançamentos contábeis na CSN e na CSN I", reproduzidos no termo fiscal onde se descerram os fatos que emprestaram fundamento à autuação, sendo incontroverso que tais lançamentos retratam que as participações acionárias em lume teriam sido adquiridas pela CSN I;

4) quanto ao fato de ter sido a CSN a pessoa jurídica que efetuou o pagamento do preço acordado com a TKS, pela transferência da participação acionária na GALVASUD, ressalta a autoridade julgadora que o contrato de compra de ações previa, na cláusula 10.3.1, que, em caso de cessão de direitos, a cedente (CSN) permaneceria vinculada às obrigações contraídas no acordo.

No entanto, a despeito de se reconhecer que o pagamento "descompromissado por ativos pertencentes a terceiros é hipótese de pouca razoabilidade econômica", a situação relatada pela autoridade autuante traz, em seus contornos, indiscutíveis sinais de verossimilhança, em favor da fiscalizada, que exsurtem das seguintes informações:

a) a aprovação, em Assembleia Geral Extraordinária realizada no âmbito da CSN I, em 27/07/04, da emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias nominativas, ao valor individual de 0,05151515, totalizando R\$ 89.321.350,00;

b) o pagamento realizado por CSN para a compra das ações GALVASUD por CSN I, gerando crédito de CSN em face de CSN I;

c) subscrição integral, por CSN, das ações emitidas por CSN I (letra "a", supra), valendo-se do crédito da letra "b", acima;

⁵ "Art. 31. A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de "Registro de Ações Nominativas" ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001 § 1º A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro de "Transferência de Ações Nominativas", datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes. § 2º A transferência das ações nominativas em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, ou por qualquer outro título, somente se fará mediante averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas", à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia. § 3º Na transferência das ações nominativas adquiridas em bolsa de valores, o cessionário será representado, independentemente de instrumento de procuração, pela sociedade corretora, ou pela caixa de liquidação da bolsa de valores."

5) malgrado a coincidência de valores e a sequência cronológica dos fatos descritos denotem que os negócios relacionados à CSN e à sua subsidiária integral foram planejadas sequencialmente e de forma ordenada, nada há, nos autos, a indicar a impossibilidade jurídica das operações (sic) e formas adotadas;

6) por outro lado, em nenhum momento a autoridade autuante pôs em cheque a validade dos documentos mencionados, a veracidade dos fatos narrados, sua substância ou racionalidade econômica. A parcela do lançamento em análise teve simplesmente como fundamento, à vista da falta de comprovação da efetividade da cessão de direitos, o fato de as participações acionárias da GALVASUD terem sido adquiridas pela CSN e não pela CSN I.

Entendo que, de acordo com a regra geral, as amortizações do ágio não são dedutíveis para fins de determinação do lucro real, com exceção dos casos de alienação ou liquidação do investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Nessas situações, em consonância com o disposto nos artigos 426 e 391 do RIR/99, o ágio integra o valor contábil do investimento, para fins de apuração do resultado tributável, ainda que amortizado na escrituração comercial, contanto que devidamente controlado no LALUR.

Em outra senda, o artigo 386 do RIR/99 autoriza a dedução do ágio nos casos em que uma pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado da forma prescrita pelo artigo 385 do RIR/99. Para fins de aplicação do citado artigo 386 do RIR/99, a absorção do patrimônio de outra pessoa jurídica deve decorrer de incorporação, fusão ou cisão.

Sou da opinião de que a regra jurídica que se deriva dos artigos 385 e 386 do RIR/99, em combinação, limita a dedução desse ágio à pessoa jurídica que suportou o custo do investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Tal é o sentido normativo também captado pelo ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, conforme acórdão nº 1302-00.834, 3ª Câmara/2ª TO, *verbis*:

"Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.

Com efeito, considerado o disposto no *caput* do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

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

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no *caput* do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de

patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

...

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;"

Ressalto, pois, a razão de decidir do julgado em destaque, à qual me filio:

"...o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço."

A autuada, em suas contrarrazões, ao expor o que chamou de "acontecimento nº 7", não deixou dúvida de que o pagamento à TKS pela compra das ações da GALVASUD foi efetuado pela CSN. Portanto, não se pode admitir que a CSN I aproveite a dedução do ágio gerado na aquisição das ações pela CSN. Nessas circunstâncias, o ágio obtido na compra da participação societária na GALVASUD não podia influenciar o resultado tributável da Recorrida, antes da incorporação da GALVASUD pela CSN, o que torna inútil qualquer esforço adicional argumentativo com o propósito de convencer esta instância *ad quem* de que a dedutibilidade do ágio é sustentada pela regularidade formal da transmissão de direitos à CSN I. O que se deve buscar, para a solução da lide, não vai além da constatação da pessoa jurídica que assumiu o custo da aquisição daquele investimento.

Em face do exposto, correta a autuação, motivo por que se deve prover o recurso de ofício, quanto à indedutibilidade do ágio II. Sendo assim, são indedutíveis todas as despesas registradas na conta contábil Nº 31220103 - amortização de ágio - da GALVASUD, no período compreendido entre outubro de 2008 e dezembro de 2008, como também são improcedentes todas as exclusões efetuadas no LALUR da GALVASUD entre janeiro de 2009 e janeiro de 2010, referentes à parcela de amortização de ágio em investimento decorrentes da compra de ações da GALVASUD, antes pertencentes à TKS.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa

Voto Vencedor

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Redator Designado

Em que pese o entendimento esposado pelo ilustre relator, passo a redigir o presente voto que expressa o entendimento majoritário da Turma, quanto ao ágio registrado com base no "Fato II", ou seja, aquisição direta pela CSN I de 1.733.885.064 ações da GALVASUD detidas pela TKS.

Conforme Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização invalidou parcialmente a operação, no que tange ao aspecto temporal da amortização do ágio, sob a alegação de não ter havido no caso cessão do contrato à CSN I, por inexistir comprovação do cumprimento de cláusulas de cessão. No seu entender, foi a CSN a adquirente das ações, e por isso, o mencionado ágio somente poderia ter-se iniciado em fevereiro de 2010, após a GALVASUD ter sido incorporada à CSN.

Em suas razões de impugnação, a recorrida defendeu a dedutibilidade do referido ágio pela CSN I, sustentando que a TKS detinha a obrigação contratual de transferir as 1.733.885.064 ações que detinha na GALVASUD para a CSN, ou para qualquer uma de suas afiliadas, controladas ou subsidiárias, em conformidade com as cláusulas 10.3 e 10.3.1 do contrato celebrado com a TKS, sendo este o motivo de ter sido realizada no dia 14 de junho de 2004, reunião extraordinária do Conselho de Administração, que deliberou que na hipótese da CSN vencer o Leilão, a Diretoria Executiva ficaria autorizada a utilizar qualquer de suas subsidiárias para comprar a participação da TKS no capital da GALVASUD S/A". Acrescentou ainda que, posteriormente, na data de 22 de junho de 2004, realizou-se AGE, onde a CSN I deliberou pela aprovação da referida compra, operando-se a execução do contrato cedido pela CSN à CSN I.

Esclarece, por questões comerciais e negociais, a CSN ao ceder para sua controlada, a CSN I, os direitos e deveres do contrato de compra de ações com a TKS, a CSN pagou à vendedora (TKS) o valor de R\$89.321.350,00 pela ações detidas pela TKS na GALVASUD S/A, porém, tal pagamento foi realizado em nome de sua filiada, a CSN I, e que gerou contas a pagar/contas a receber entre a CSN I e CSN.

Concluiu, assim, que esta operação resultou no registro contábil de ágio na aquisição de ações por parte da CSN I, no valor de R\$34.096.254,54 ("Ágio Fato II"), resultado da diferença entre o valor pago (89.321.350,00) e o valor do PL proporcional ao percentual adquirido (R\$55.225.095,46).

Ao analisar a impugnação apresentada, a DRJ cancelou a infração apontada, ao valorar provas produzidas nos autos, em especial o registro das atas das assembleias realizadas tanto pela CSN como pela CSN I, além do registro feito no Livro de Transferências das ações Nominativas da Galvasud, e os lançamentos contábeis na CSN e na CSN I, que indicavam, todas elas, que a CSN I teria sido a adquirente das participações acionárias alienadas pela TKS.

Na ocasião do julgamento, enfatizou a DRJ que em nenhum momento a autoridade autuante questionou a validade dos documentos mencionados, a veracidade dos fatos narrados, sua substância ou racionalidade econômica, ocorrendo o lançamento tão-somente pela falta de comprovação da efetividade da cessão de direitos, e por isso concluiu que as participações acionárias da Galvasud foram adquiridas pela CSN e não pela CSN I.

Assim, passo a analisar as razões do recurso de ofício. Faço, inicialmente, sobre o ponto, uma leitura do Termo de Verificação Fiscal (3814 a 3.837), compreendendo os fundamentos adotados pela fiscalização na referida infração:

Entretanto, cabe determinar a partir de quando haveria a possibilidade desta amortização, uma vez que se for considerada que a compra das ações foi efetivada pela CSN, a amortização seria somente possível a partir da incorporação da GALVASUD pela CSN, ou seja, a partir de fevereiro de 2010. Caso considere-se que a compra das ações foi efetivada pela CSN I, a amortização seria somente possível a partir da incorporação da CSN I pela GALVASUD, ou seja, a partir de outubro de 2008.

Conforme relatado no item II deste Termo, o referido contrato de compra de ações celebrado entre CSN e TKS por cláusulas estabelecidas no item 10.3 e 10.3.1, ficou definido que.

10.3 - "este contrato não é transferível, em virtude de lei, por qualquer parte sem o consentimento prévio por escrito das outras partes e qualquer cessão pretendida ou outra transferência sem o consentimento será anulada e inexecutável, exceto para qualquer Afiliada, cujo consentimento não será exigido";

10.3.1 - "cada parte tem o direito de indicar um ou mais afiliados para adquirir as ações transferidas no fechamento. A parte que nomear uma afiliada pode decidir adquirir parte das ações transferidas juntamente com a afiliada, pela taxa a ser estabelecida entre as mesmas, desde que, todavia, em qualquer caso, qualquer cessão não libere o cedente de suas obrigações contratuais e desde que ainda o cessionário faça as declarações, garantias e pactos para a outra parte com relação ao cessionário que sejam equivalentes às representações, garantias e pactos feitos pelo cedente".

Além disso, foi citado que "Afiliada", "Controle" e "Subsidiária" foram claramente definidos no item 9.b. do referido contrato e que na prática havia se estabelecido uma cláusula com condição resolutiva, ou seja, a partir do momento que a afiliada procedesse à execução do contrato, incluindo as declarações, garantias e pactos; os efeitos jurídicos de compra e venda entre CSN e TKS deixariam de existir, passando estes efeitos a existir entre vendedora e compradora afiliada.

Ocorre que em nenhum momento durante todo período da ação fiscal, que se estendeu por quase dois anos, o contribuinte apresentou qualquer documentação hábil que comprovasse o cumprimento das cláusulas de cessão do contrato e, portanto, a condição resolutiva. Saliente-se que, diante das dúvidas que ainda pairavam sobre quem de fato teria adquirido as ações, o contribuinte foi intimado em 31 de outubro de 2013 a esclarecer por escrito o fato, assim como a apresentar a documentação que embasasse seus esclarecimentos.

Ao atender à intimação em 29 de novembro de 2013 o contribuinte declarou que:

"A CSN I quem de fato adquiriu as 1.733.885.064 ações ordinárias nominativas do capital da GALVASUD S/A. A Companhia Siderúrgica disponibilizou o valor de R\$ 89.321 350,00 pagamento das referidas ações e, por consequência, gerou um crédito em face da CSN I S/A. Conforme se verifica na Ata de Assembleia Geral Extraordinária da CSN I S/A, realizada em 27/07/2004, foi aprovado aumento de capital mediante a emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias, nominativas, totalmente subscritas e integralizadas pela Companhia Siderúrgica Nacional, com créditos no mesmo valor que detinha em face da CSN I S/A. O referido crédito é decorrente do pagamento efetuado pela Companhia Siderúrgica Nacional da compra, pela

CSN I S/A da totalidade da participação acionária da ThyssenKrupp Stahl AG no capital da Galvasud S.A".

Além da declaração acima transcrita, o contribuinte não apresentou qualquer outra documentação comprobatória. **Salientemos que a citada geração do crédito da CSN em face da CSN I, em razão da disponibilização do valor de R\$ 89.321.350,00 pela CSN para pagamento das referidas ações foi registrada contabilmente, entretanto, o mero registro contábil não pode ser considerado por si mesmo prova da geração do referido crédito, ainda mais se considerarmos que a própria cláusula 10.3.1 do contrato estabelece as condições para a cessão do direito, que em nenhum momento foi comprovada.**

Em suma, não é o registro contábil que prova um fato, mas o fato comprova-se com documentação hábil, de tal forma que a contabilidade possa registrá-lo; ainda mais se considerarmos que nas condições contratuais há clara menção de que deve haver uma taxa a ser estabelecida na cessão, ou seja, não é gratuita e, portanto, a contabilidade de ambas deveria retratar claramente tais custos ou despesas do contrato. Por outro lado, **deve-se mencionar que de fato na Ata de Assembleia Geral Extraordinária da CSN I S/A, realizada em 27/07/2004, foi registrado a aprovação do aumento de capital mediante a emissão de 1.733.885.080 novas ações ordinárias, nominativas para serem subscritas e integralizadas pela Companhia Siderúrgica Nacional, com créditos no mesmo valor que detinha em face da CSN I S/A. Entretanto, a Ata registra uma deliberação não tendo a capacidade de comprovar a execução desta deliberação nos moldes estabelecidos nas cláusulas do contrato de compra de ações celebrado entre CSN e TKS.**

Daí se entendeu que os efeitos jurídicos do contrato referem-se à TKS e à CSN, e não entre TKS e a subsidiária CSN I. Entretanto, não se trata de caracterizar a compra das ações pela CSN simplesmente pelo não comprovação do cumprimento desta cláusula contratual de cessão, mas por todos os atos que compuseram a operação, cujo resultado se enquadra no instituto jurídico definido no Código Civil como contrato de compra e venda.

Sinteticamente compra e venda é o contrato consensual, oneroso e de efeitos bilaterais, por meio do qual um sujeito (vendedor) se obriga a transferir a outro (comprador) a propriedade de um bem, material ou imaterial, mediante o pagamento, pelo comprador, de certo preço em dinheiro. Os termos desse conceito se dividem em dois momentos: formação e execução do contrato.

A fase de formação refere-se ao acordo de vontades. Formado o contrato, o vendedor passa a ter a obrigação de entregar ao comprador o bem vendido. O comprador, de sua parte, passa a ter a obrigação de entregar o preço ao vendedor.

A fase seguinte à da formação do contrato é a de sua execução. Somente depois de ter sido celebrado o contrato de compra e venda - e nas condições nele previstas - é que o vendedor praticará o ato material de entregar ao comprador o bem vendido. Do mesmo modo, o comprador praticará o ato de transferência do dinheiro ao vendedor apenas depois da formação do contrato de compra e venda. Em síntese, comprador e vendedor cumprirão suas respectivas obrigações de entregar o preço e o bem vendido por causa do contrato de compra e venda celebrado. O ato de entrega desses bens não é ato de formação do contrato, mas sim de execução do contrato e não define o contrato por si só.

O outro esclarecimento relativo ao contrato de compra e venda diz respeito ao preço. O comprador deve pagar ao vendedor dinheiro. Entretanto, esta condição

deve ser entendida que o preço deve ser fixado no contrato de compra e venda em dinheiro. Se, posteriormente à formação do contrato, o preço vier a ser pago com bem diverso de dinheiro, nem por isto a compra e venda terá sido prejudicada. Saliente-se que o Código Civil admite claramente a formação do preço em leilão. Assim, o contrato é formado desde o instante em que as partes estejam de acordo sobre o objeto a ser vendido e comprado e sobre o preço desse objeto.

Em suma, o vendedor troca sua "disponibilidade" sobre o bem pela "disponibilidade" de dinheiro equivalente ao valor do bem. O comprador deve declarar sua vontade de comprar o bem, isto é, a vontade de retirar de seu patrimônio certa quantia em dinheiro e disponibilizá-la para o vendedor, recebendo, como contraprestação, a "disponibilidade" do bem vendido. O comprador troca a "disponibilidade" de dinheiro equivalente ao valor do bem pela "disponibilidade" do próprio bem.

Assim, **avaliados todos os documentos da operação realizada entre CSN, CSN I e TKS apresentados pelo contribuinte, o efeito que caracterizou a compra e venda entre CSN e TKS foi o fato de que houve uma troca patrimonial entre as duas, determinada pela entrega da quantia em dinheiro (transferência bancária) à TKS pela CSN. Desta maneira considerou-se que o valor do ágio decorrente da aquisição das ações da TKS poderia ser amortizado, à razão de R\$ 568.133,74 por sessenta meses, somente a partir da incorporação da GALVASUD pela CSN, ou seja, a partir de fevereiro de 2010.**

Portanto, improcedentes todas as despesas registradas na conta contábil Nº 31220103 - Amortização de Ágio - da GALVASUD S/A, no período compreendido entre outubro de 2008 a dezembro de 2008. Além disso, improcedentes todas as exclusões efetuadas no LALUR da GALVASUD S/A entre janeiro de 2009 a janeiro de 2010, referentes à parcela de amortização de ágio em investimento decorrentes da compra de ações da GALVASUD S/A pertencentes à TKS (fato 2), sendo que a glosa das despesas e exclusões será efetuada por meio de processo administrativo fiscal de auto de infração.

(Grifo e destaque são nossos)

Como se vê, a autoridade autuante entendeu que a recorrida não logrou êxito em provar que as condições do contrato de compra e venda a respeito da cessão dos direitos do contrato à CSN I, pois não apresentou documentos que comprovariam o cumprimento de virtuais obrigações contidas na cláusula 10.3.1, resumidas em apresentar a taxa pela qual deveria ter sido transacionada entre as duas empresas os direitos de cessão à CSN I pela CSN, bem como a apresentar os pactos e garantias que o cessionário deveria fazer à outra parte.

Porém, bem da verdade, nenhuma das disposições eventualmente descumpridas e mencionadas pela fiscalização trata-se de exigência legal para que se prove a cessão do contrato. O essencial, no meu entendimento, é a manifestação inequívoca de vontade da CSN em ceder seu contrato à CSN I, e desta última pela compra, o que ficou devidamente comprovado, tanto pela ata de reunião do conselho de administração da sociedade, como pela realização da AGE, onde a CSN I deliberou pela aprovação da referida compra, e ainda pelos lançamentos contábeis que indicam a relação de débito e crédito entre as partes em função da cessão contratual.

Assim, depreende-se que os questionamentos da fiscalização residem em mero aspectos formais da transferência, ou seja, no fato de existirem no contrato celebrado

entre a CSN e a TKS cláusulas que permitem ao vencedor do leilão a transferência do seu direito, mas exercido dentro de algumas formalidades, descritas no contrato.

Porém, isso, no meu modo de ver, e na maioria da Turma, não significa que a transferência não se realizou, pois de fato ela foi feita, tanto que foi comprovado o registro no Livro de Transferências das ações nominativas da Galvasud, além de existir lançamentos contábeis na CSN e na CSN I, que indicam que a CSN I teria sido a adquirente das participações acionárias alienadas pela TKS.

Penso que apenas a TKS teria legitimidade para se opor a transferência de ações para a CSN I, sob o argumento de desobediência a estas formalidades contratuais, porém, isso não ocorreu, tanto que a TKS transferiu efetivamente as citadas ações para a CSN I, além de cumprir obrigações acessórias e decorrentes dessa transferência.

Sendo assim, encaminho meu voto por NEGAR provimento ao recurso de ofício, para confirmar também a insubsistência da infração II. Em todos os demais aspectos, a decisão se deu conforme o voto do ilustre Relator.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza