



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.722238/2017-54
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.939 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 7 de maio de 2024
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GERDAU S. A.

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

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO TRANSFERIDO.

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

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO. São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar provimento ao recurso, com retorno ao colegiado *a quo* para apreciação do recurso de ofício e das demais questões não apreciadas do recurso voluntário, nos termos do voto da relatora, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Helder Jorge dos Santos Pereira Junior que negavam provimento. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

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

Fl. 3 do Acórdão n.º 9101-006.939 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16682.722238/2017-54

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1402-006.106, na sessão de 22 de setembro de 2022, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer a amortização do ágio e cancelar os Autos de Infração, vencidos o Relator e os Conselheiros Evandro Correa Dias, Carmen Ferreira Saraiva e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luciano Bernart. O Recurso de Ofício perdeu o objeto em virtude do provimento do recuso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2012

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

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

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados no ano-calendário 2012 a partir da constatação de amortização de ágio apurado artificialmente *em operações de reestruturação societária intragrupo, feitas em sequência e com o uso de empresa veículo*. A autoridade julgadora de 1ª instância reafirmou as razões de decidir expressas no julgamento da impugnação apresentada contra o lançamento formalizado no processo administrativo n.º 16682.720523/2017-31, mas ampliou a dedução a título de Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT) e a compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL, inclusive com repercussão nas bases de cálculo para aplicação das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, e submeteu tais exonerações a reexame necessário (e-fls. 1103/1138). O Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso voluntário e declarou prejudicado o recurso de ofício (e-fls. 1303-1333).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 07/12/2022 (e-fl. 1334) e em 17/01/2023 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 1335/1364 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1368/1373, do qual se extrai:

Aponta a Recorrente divergência de interpretação da legislação tributária em relação à seguinte matéria: ***Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a investidora original.***

Em relação a esta arguição de divergência, indicou-se um único paradigma, Acórdão n.º 9101-002.188 (1ª Turma da CSRF), cuja ementa dispõe o seguinte, no relevante:

[...]

Para fins de cotejo e demonstração da divergência jurisprudencial, a Recorrente transcreve com destaques trechos dos votos condutores do acórdão recorrido e dos paradigmas, para após concluir pela demonstração da divergência, nos seguintes termos:

[...]

Em resumo, a Recorrente aponta divergência quanto à interpretação do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, isto é, se o dispositivo legal admite amortização de ágio com a utilização de empresa veículo quando não é a investidora original que incorpora ou é incorporada pela investida.

O acórdão recorrido por sua vez, no seu voto condutor, abraça entendimento de que a tese do “real adquirente” ou confusão patrimonial entre real investidor e investida não teria amparo em lei, não podendo assim afastar o direito da Recorrente de aproveitar fiscalmente o referido ágio. Confira-se, passagem do voto condutor a esse respeito:

Da existência de divergência:

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

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

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de “confusão patrimonial” entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito comercial. No caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice ao considerar a Prontofer (denominada “empresa veículo” pela Fiscalização) que recebeu aporte de capital de outra empresa do grupo (METAL) para poder realizar o investimento na VILARES, para na sequência de operações ser a referida empresa dita veículo ser extinta por incorporação e assim permitir a amortização do ágio pago na aquisição original em que o investidor original não poderia fazê-lo.

A fim de corroborar a conclusão acima, seguem trechos relevantes do referido paradigma, trazidos no recurso especial:

[...]

Por todo exposto, proponho que seja admitida esta matéria, em relação ao paradigma apresentado. *(destaques do original)*

A PGFN resume *as operações que deram origem ao ágio em questão* e acrescenta:

A autoridade fiscal verificou que o ágio na aquisição de VILLARES foi pago, efetivamente, por METAL, mediante a emissão de debentures, e posteriormente mediante a entrega de ações da GERDAU que eram de sua propriedade.

As operações subsequentes visando a transferência sucessiva do registro do ágio entre empresas do grupo não teriam alterado o fato de que o ágio foi suportado de fato por METAL.

Assim, para a autoridade fiscal, as empresas envolvidas na incorporação teriam que ter sido necessariamente a adquirente da participação com ágio e a investida adquirida, isto é, METAL e VILARES. Na realidade, METAL, como holding controladora de

GERDAU, manteve, ainda que indiretamente, sua participação em VILLARES durante toda a operação de reorganização, que culminou com a incorporação desta por GERDAU.

Disso, conclui a fiscalização que se fez uso distorcido dos comandos legais relativos à amortização do ágio, que não contemplam a sua transferência em decorrência de operações trianguladas intragrupo, menos ainda com o uso de empresa veículo.

Diante das referidas operações e diante da acusação fiscal de utilização de empresa veículo como mera ponte de recursos, de ausência de confusão patrimonial e de que o ágio na aquisição de VILLARES foi pago, efetivamente, por METAL, o colegiado ora recorrido afastou a acusação, conforme transcrições do voto condutor do julgado, in verbis:

Em que pese a r. decisão supra, tal entendimento não deve prevalecer. Com efeito, o precedente a seguir transcrito, diante de base fática semelhante, reconheceu que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando **houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora**. Com efeito, a lei **não** autoriza que, uma vez pago, o ágio seja livremente alocado entre empresas do grupo econômico, em busca de onde seu aproveitamento fiscal seria mais proveitoso, como parece entender a recorrente.

Neste acórdão, o colegiado traça excelentes considerações acerca da utilização do que se convencionou chamar de “empresas veículos” nas operações envolvendo dedutibilidade de ágio, concluindo, ao final, que a dedutibilidade do ágio somente pode ser reconhecida quando houver a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/99, o que não ocorre nas hipóteses em que se utiliza uma pessoa jurídica interposta, que não foi a investidora original, para a consecução da dedução pretendida. Eis o que restou assentado na ementa do Acórdão paradigma nº 9101-002.188, transcrita na integralidade:

[...] *(destaques do original)*

Depois de transcrever excertos do voto vencedor que *deixam clara a matéria posta a julgamento, aquela ocasião: a possibilidade de transferência do ágio, pago por uma empresa do grupo econômico perante terceiros, a outras coligadas*, afirma estar claro que a ratio da decisão da CSRF naquele caso será aplicável quando o adquirente original da participação societária com ágio buscar meios para “transferir” o seu registro contábil a outras empresas do grupo – como no presente caso, METAL pretende transferir para a GERDAU.

Refere os fundamentos do voto condutor do paradigma e conclui:

Perceba-se que o fundamento da decisão da CSRF não deriva do entendimento de que a transferência de ágio a empresa do mesmo grupo acarreta o surgimento de “um novo ágio”, e que este novo ágio seria ágio interno. O que se diz, simplesmente, é que apenas a pessoa jurídica que se envolveu na negociação da participação que gerou o ágio, que suportou seu custo, poderá amortizá-lo, caso se confunda com o investimento. Ela não pode simplesmente “designar” uma empresa do grupo para absorver os efeitos fiscais do ágio em seu lugar.

Transcreve decisão e ementa do acórdão nº 9101-003.495 e diz *demonstrar o dissenso citando passagens do paradigma, que comprovam a semelhança fática entre os acórdãos comparados*. Na sequência, consigna:

Fácil perceber que se tratava da dedução de ágio mediante utilização de empresa veículo, que é exatamente o caso dos presentes autos.

Nesse julgamento a CSRF conclui em sentido diametralmente oposto ao acórdão ora recorrido, fazendo observação extremamente pertinente no sentido de que se deve consumir a confusão de patrimônio entre real investidora e investida, ou seja, o lucro e

o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio).

A Câmara Superior, no acórdão paradigma, destacou que pouco importa se havia limitações para as reestruturações societárias. Se a lei não prevê a excepcionalidade da dedução daquele ágio, não há que se contorcer a lei para que a dedução seja possível.

Porém, o entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma, quando admite a amortização do ágio em operação envolvendo “empresas veículos”, ou seja, em operação na qual a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio não é a mesma que, formalmente, figurou como investidora no negócio jurídico, em clara violação ao que preceitua os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Relevada a semelhança dos quadros fáticos, fica demonstrada a divergência jurisprudencial, considerando-se que o acórdão recorrido concluiu ser possível a dedutibilidade do ágio sem a ocorrência da confusão patrimonial.

Por outro lado, o paradigma defende que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente e o investimento adquirido e não se observando o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, não há como ser autorizada a dedução do ágio.

Nesse contexto, é cristalina a demonstração de divergência acerca do disposto nos artigos 247; 274; 385; 386 (em especial caput, inciso III e § 6º, inciso II); 391, todos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999; nos artigos 177 e 179 (em especial, inciso V), da Lei 6.404/1976; nos artigos 7º (especialmente caput e inciso III) e 8º (com atenção para a alínea “b”); no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

No mérito, destaca os seguintes aspectos fáticos da operação discutida para, na seqüência, defender a reforma do recorrido:

Em que pese os argumentos do acórdão recorrido, o que se verifica dos autos – e isto é incontroverso – é que preço para a aquisição de 28,88% das ações de VILLARES foi pago por METAL, primeiramente mediante a emissão de debêntures, depois pela entrega de ações da GERDAU **que eram de sua propriedade**, as quais foram bloqueadas junto à instituição emissora e reservadas para esta finalidade quando o BNDESPAR assim o solicitasse. Tudo nos termos das cláusulas da escritura particular de emissão das debêntures permutáveis às fls. dos autos:

- 4.2 *Permutabilidade.* Cada Debênture poderá ser permutada por 100 (cem) ações preferenciais de emissão da (Gerdau S.A.) sociedade por ações inscrita no CNPJ/MF 33.611.500/0001-19 (“Gerdau” e “Permuta de Ações”), a qualquer tempo, a exclusivo critério do detentor da Debênture (“Debenturista”), desde a Data de Emissão até a Data de Vencimento das Debêntures, nos seguintes termos:
- 4.2.5 A Emissora declara expressamente ser legítima proprietária de ações preferenciais de emissão da Gerdau que possam vir a ser objeto de permuta pelas Debêntures, estando tais ações livres e desembaraçadas de quaisquer ônus ou gravames de qualquer natureza e, ainda, totalmente integralizadas.
- 4.2.6 Para fins da garantia da permutabilidade estabelecida na Cláusula 4.2, a Emissora providenciará a anotação do bloqueio da referida quantidade de ações junto à instituição escrituradora durante toda a vigência das Debêntures, somente sendo permitido o desbloqueio durante tal prazo com a expressa anuência da totalidade dos Debenturistas.
- 4.2.6.1 Caso seja aplicado o disposto na Cláusula 4.2.2 acima, a Emissora providenciará o bloqueio imediato, nos mesmos termos da Cláusula 4.2.6, da quantidade de ações adicionais a que o(s) Debenturista(s) terá direito em razão da aplicação da referida cláusula.
- 4.2.7 O exercício da opção de permuta das Debêntures ocorrerá mediante envio de solicitação formal dirigida à Emissora, a qual deverá conter o número de Debêntures a ser permutado e seu valor total. A data da permuta de Debêntures será a do recebimento, pela Emissora, da solicitação do Debenturista.

Esta foi a única movimentação financeira entre partes independentes ocorrida em toda a reorganização societária (afora a emissão de ações aos minoritários da VILLARES em decorrência da incorporação – protocolo às fls – evento que não tem qualquer relação com o ágio tratado).

Como visto acima, a argumentação do contribuinte é no sentido de que: i) razões extratributárias impediam GERDAU de adquirir VILLARES diretamente, mediante emissão de ações próprias, ii) por isso, deve ser admitida a transferência do ágio (pago por METAL) para si (GERDAU), iii) fazendo com que sua união com VILLARES deflagre o direito à amortização.

O raciocínio do contribuinte parece partir de uma premissa equivocada, que é preciso esclarecer: **a amortização do ágio fundado em rentabilidade futura não é um direito per se** do contribuinte que adquire participação societária. Não basta que o contribuinte tenha adquirido investimento com ágio pago a terceiros para que sejam afastadas **as regras gerais de dedutibilidade (arts. 391 e 426 do RIR/99)**, e aplicadas as regras especiais do artigo 386.

A pessoa jurídica que suportou e registrou o custo do investimento (PL+ágio) não pode simplesmente ser substituída por qualquer outra do grupo econômico, à livre escolha do contribuinte. Senão vejamos.

De largada, cumpre tecer breves considerações sobre o ágio e a sua dedutibilidade na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em apertada síntese, entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, ter-se-á ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado **pela parte que o suporta** em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição).

Na apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, **a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada**. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), quando então o ágio ou deságio é incluído no preço de aquisição do investimento que está sendo eliminado da contabilidade da interessada.

Tal regra, todavia, não se aplica a certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão, quando a inclusão da amortização do ágio ou deságio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL **será admitida** independentemente da alienação ou liquidação do investimento.

De acordo com o artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o valor de mercado utilizado for embasado na previsão dos resultados de exercícios futuros, é possível desde já a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária **considera que o investimento foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial**. Tal dedução ou tributação, contudo, observará certas condições estipuladas na legislação (por exemplo, amortização de no mínimo 1/60 para cada mês do período de apuração, etc).

É importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 **não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de**

ágio (não é porque se pagou ágio que se poderá deduzir sua amortização para fins fiscais).

Em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, já era bastante claro que o ágio **não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ**, mas comporia o custo do investimento na sua alienação. Confira-se:

[...]

Ocorre que **na extinção do investimento com a incorporação**, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo – art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio. Confira-se a doutrina de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

(...)

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.

Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, **quando este é extinto mediante a incorporação**. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, **não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida**. Esta é a questão que impõe seja solucionada no presente caso.

Não obstante a clareza elementar do acima exposto, para rechaçar definitivamente os argumentos do contribuinte, faz-se de bom alvitre uma breve digressão sobre o

¹ Imposto de renda das empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

contexto histórico no qual surgiu o regramento especial de dedução do custo de aquisição referente ao ágio.

Neste intuito, pede-se vênua para transcrever o minucioso relato feito na declaração de voto do eminente Conselheiro André Mendes de Moura, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, proferida no Acórdão 9101-002.213, na sessão de fevereiro de 2016:

*“Na realidade, vale discorrer sobre o **contexto histórico** em que se deu o permissivo para o aproveitamento do ágio nessa segunda situação.*

Iniciamos pela Exposição de Motivos da MP n.º 1.602, de 1997², que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Vale observar que, sob a égide do Decreto-Lei n.º 1.598, de 27/12/1977, vários contribuintes consideravam os eventos de incorporação, fusão ou cisão análogos à alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V).

A doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER³ discorre, com precisão:

Anteriormente à edição da Lei n.º 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

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

(...)

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

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor,

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

³ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

(...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida. Nota-se que em diversas oportunidades o ágio, ao ser considerado custo, era aproveitado integralmente, no ato da liquidação do investimento.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que a normatização prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 teria concebido o aproveitamento do ágio não como uma despesa, mas sim na condição de um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica.”

Bem contextualizadas as **razões históricas da instituição de regras especiais** para a dedução do ágio quando da extinção do investimento por meio de fusão, cisão ou incorporação entre investidora e investida, se vê que a **razão para a implementação de tais regras** foi coibir o abuso que vinha sendo praticado nas aquisições feitas com ágio visando sua **imediate e integral dedução**. Assim é que se instituíram normas e **hipóteses precisas para a dedução do ágio pago**, dependendo do seu fundamento.

Neste diapasão – e em coerência com o objetivo tomado como pressuposto –, é que o legislador definiu regras para o ágio que, em geral, **impedem sua dedução** mesmo diante do evento de incorporação, inviabilizando os planejamentos indesejados então em voga. No caso do ágio fundado em rentabilidade futura, entretanto, permitiu-se a dedução alongada no tempo, **caso ocorresse, de fato, a extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão**.

Como se vê, **não existe nenhuma evidência** de que, por meio das regras instituídas na Lei 9.532/97, o legislador **pretendia** permitir a dedutibilidade imediata do ágio por rentabilidade futura *per se*, isto é, pelo simples fato de ter sido pago.

A dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro, num mesmo patrimônio, entre investidor e investimento. Em face dessa confusão patrimonial, a legislação **admite que o contribuinte considere perdido o investimento** adquirido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com essa “mais valia”.

Todavia, para que haja essa perda do investimento adquirido (encontro, num mesmo patrimônio, do investidor com o investimento), é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido **EFETIVAMENTE** suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. Ou seja, **o real investidor deve se confundir com o seu investimento**. Caso o real investidor não participe da confusão patrimonial, **não haverá como reconhecer que o investimento foi perdido**.

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, por exemplo, uma **interposta pessoa como investidor (empresa veículo) não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99**. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

Voltando a atenção para o caso em apreço, vislumbra-se claramente que quem negociou e **suportou o custo do investimento** em VILLARES junto ao BNDESPAR foi a METAL.

O preço para a aquisição de 28,88% das ações de VILLARES foi pago por METAL, primeiramente mediante a emissão de debêntures, depois pela entrega de ações da GERDAU **que eram de sua propriedade**, as quais foram bloqueadas junto à instituição emissora e reservadas para esta finalidade quando o BNDESPAR assim o solicitasse, nos termos das cláusulas da escritura particular de emissão das debêntures permutáveis já reproduzidas neste arrazoado.

Esta foi a **única movimentação financeira entre partes independentes** ocorrida em toda a reorganização societária (afora a emissão de ações aos minoritários da VILLARES em decorrência da incorporação – mas este evento não tem qualquer relação com o ágio tratado). E, no entanto, não foi a METAL quem se fundiu ao investimento.

Tampouco a lei autoriza que, uma vez pago, o ágio seja livremente alocado entre empresas do grupo econômico, em busca de onde seu aproveitamento fiscal seria mais proveitoso, como parece entender a recorrente.

Diante dos paradigmas apresentados, revela-se que a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais **rejeita a possibilidade de “transferência” do ágio** em operações internas subseqüentes à aquisição da participação societária junto a terceiros.

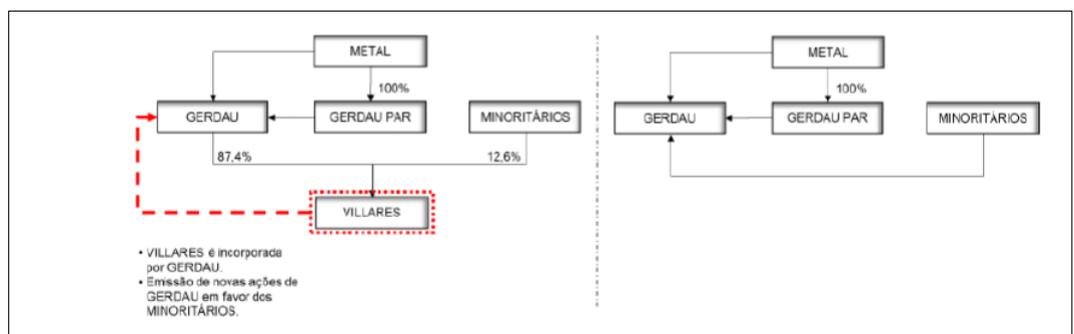
E o faz com razão, pois a amortização fiscal do ágio **não é um benefício fiscal a que o contribuinte que o paga tenha “direito”**, e sim uma consequência de uma situação peculiar e específica que faz com que a rentabilidade futura que motivou o pagamento do ágio passe a corresponder aos lucros auferidos pela própria pessoa que o pagou e registrou originalmente, em operação perante terceiros.

Esta pessoa, no caso em tela, seria a METAL, sendo que a GERDAU não efetivou qualquer transação com terceiros a respeito da aquisição de 28,88% das ações da VILLARES, operação ocorrida em 09/06/2008 e que deu causa ao ágio em questão.

O fato de o BNDESPAR ter recebido **por parte de METAL**, como pagamento, debêntures conversíveis em ações da GERDAU (ações detidas por METAL), não confere ao caso nenhuma especialidade ou peculiaridade que afaste as considerações tecidas ao longo do presente arrazoado – a peculiaridade da forma de pagamento não altera a constatação de que foi a METAL quem empreendeu esforços financeiros e comprometeu patrimônio para adquirir VILLARES de terceiros, pagando pela expectativa de rentabilidade futura.

A “transferência” do ágio realizada entre as empresas do grupo GERDAU não teve o condão de extinguir, na real adquirente (METAL), o investimento adquirido – ele apenas passou, com o tempo, a responder por outras denominações: primeiro VILLARES; depois PRONTOFER; depois GERDAU BG PAR. Ao fim de tudo, METAL manteve sob si o investimento em VILLARES adquirido de BNDESPAR, por intermédio de GERDAU BG PAR, que controlava a recorrente, que incorporou VILLARES.

Reproduzimos abaixo a etapa final das reorganizações societárias, que demonstra que o investimento de METAL em VILLARES se manteve, indiretamente, mesmo depois de sua incorporação por GERDAU.



Verifica-se que este procedimento não extinguiu, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora.

Os lucros produzidos pelo patrimônio que um dia foi VILLARES (hoje incorporada à recorrente) continuam refletindo em METAL por meio de equivalência patrimonial, não tributados. De outro lado, os lucros da investida VILLARES (hoje incorporada à recorrente) passam a ser reduzidos mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste **separadamente** do patrimônio da investidora original (METAL).

Noutras palavras, não houve o encontro entre investidora e investimento, ensejador da dedução fiscal da despesa de amortização do ágio. Ainda a corroborar o entendimento ora defendido, mencione-se mais um precedente deste e. CARF:

[...]

Excertos do voto condutor mostram a tentativa de transferência do ágio pago por uma sociedade do grupo, à similitude com o caso em apreço:

[;;;]

Por todo o exposto, deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário quanto às despesas de amortização do ágio em apreço. (*destaques do original*)

Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido *a fim de que o acórdão recorrido seja reformado nos quesitos objeto da presente insurgência* e que, *na hipótese de provimento do presente feito, que os autos sejam devolvidos ao colegiado a quo para análise das demais matérias em litígio.*

Cientificada em 22/05/2023 (e-fl. 1378), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 05/06/2023 (e-fls. 1379/1400) nas quais descreve as operações realizadas e sintetiza a evolução processual. Observando que, *de acordo com o Despacho de Admissibilidade, a PGFN apresentou um único paradigma (o Acórdão CSRF n.º 9101-002.188, de 20.01.2016 - "PARADIGMA") na tentativa de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial*, indica que a PGFN ignorou *que o caso concreto envolve a existência de legítimos propósitos negociais para a implementação da reorganização societária em discussão pelo GRUPO GERDAU, e apresentou paradigma ao analisar a matéria em contexto fático totalmente diverso (i.e., sem que nenhuma justificativa de ordem negocial tenha sequer sido suscitada para justificar as operações societárias, naquele caso), concluiu que seria vedada a amortização fiscal de ágio sem a confusão patrimonial entre a investida e a "real investidora".*

Afirma a *ausência de divergência jurisprudencial quanto à tese da "investidora original*, discordando do entendimento fazendário de que as bases fáticas dos acórdãos comparados seriam semelhantes, porque, *no caso concreto, como amplamente demonstrado, os investimentos em VILLARES só não foram diretamente adquiridos pela própria RECORRIDA (que se juntou a VILLARES por incorporação ao final da reestruturação do GRUPO GERDAU) em razão de inconvenientes de ordem extrafiscal, enquanto que o PARADIGMA analisou situação fática totalmente distinta, que sequer envolvia alguma justificativa de ordem negocial para a realização as operações societárias.*

Destaca trechos do paradigma para corroborar seu entendimento, observando que *para comprovar o dissenso jurisprudencial naquele caso, a própria PGFN se viu na necessidade de destacar que a situação fática tratada pelo PARADIGMA não envolvia qualquer propósito negocial a justificar a reestruturação societária implementada pelo contribuinte.* E prossegue:

3.7. Assim, por não ter analisado contexto fático envolvendo a existência de motivação extrafiscal para as operações praticadas pelo contribuinte (reitere-se, presente no caso concreto), não se pode afirmar que o entendimento que prevaleceu no PARADIGMA implicaria na reforma do ACÓRDÃO RECORRIDO.

3.8. Há diversos casos envolvendo reestruturações societárias com transferência do investimento adquirido com ágio a outra pessoa jurídica do grupo societário em aumento de seu capital social e posterior incorporação entre elas em que foram considerados atendidos os requisitos estabelecidos pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 justamente pela existência de razões de ordem extrafiscal para a prática de tais atos.

3.9. E nem poderia ser diferente, uma vez que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 são textuais ao conferirem o direito de aproveitamento fiscal do ágio a quem detinha o investimento no evento de incorporação (ou à investida, na hipótese de incorporação reversa). Assim, no âmbito da interpretação mais rigorosa da receita federal, quando muito, a rejeição da amortização fiscal do ágio dependeria da demonstração de que a reestruturação societária implementada pelo contribuinte teve o exclusivo propósito de economia tributária e, por isso, não teria ocorrido a confusão patrimonial com o "real adquirente".

3.10. Nessa conformidade, para demonstrar divergência de interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/96 com relação ao ACÓRDÃO RECORRIDO, a PGFN não poderia ter deixado de invocar precedente que rejeitou o aproveitamento fiscal de ágio com base na tese do "real adquirente" quando verificada a interposição de empresa veículo por meio da transferência do investimento em aumento de seu capital social, ainda que diante de legítimos propósitos negociais.

3.11. Foi exatamente por essa razão que, no recente Acórdão CSRF nº 9101-006.291, de 14.09.2022, a CSRF não admitiu o Recurso Especial interposto por determinado contribuinte na situação exatamente oposta, ou seja, em que o contribuinte buscava reformar acórdão que lhe havia sido desfavorável tendo indicado paradigma que validou o aproveitamento fiscal do ágio em contexto fático que envolvia propósitos extrafiscais, ausente naquele caso.

Cita excertos do voto condutor do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli e assevera que, também aqui, *inexiste comparabilidade entre o ACÓRDÃO RECORRIDO e o PARADIGMA para fins de dissenso jurisprudencial na medida em que as circunstâncias fáticas neles envolvidas não são semelhantes e seriam determinantes para a solução jurídica adotada por cada um deles. Em outras palavras, por não ter sido desfavorável ao contribuinte diante da existência de propósitos negociais, o entendimento do PARADIGMA não seria suficiente para a reforma do ACÓRDÃO RECORRIDO.*

Adiciona que a PGFN chega a mencionar - de forma confusa e inespecífica - o Acórdão CSRF nº 9101-003.495, de 03.04.2018. Não fica claro se a referência a tal precedente se deu por um mero equívoco na elaboração do RECURSO ESPECIAL, se teve como objetivo um simples reforço argumentativo à tese do "real adquirente" ou, ainda, se teria servido como indicação de um segundo paradigma. Inclusive, o próprio Despacho de Admissibilidade desconsiderou tal precedente para fins de demonstração de divergência jurisprudencial, tendo afirmado que a PGFN indicou "um único paradigma". Ainda assim, observa que referido Acórdão CSRF nº 9101-003.495 tratou de caso de transferência de recursos financeiros a uma entidade holding, que figurou como adquirente jurídica da investida (situação que não se verifica no caso concreto), o que, por si só, justificaria a desconsideração desse precedente.

No mérito, entende que o recurso especial deve ser julgado improcedente pelos motivos assim expostos:

4.2. Para justificar a reforma do ACÓRDÃO RECORRIDO, a PGFN insiste na tese de que METALÚRGICA seria a "real investidora" de VILLARES e que, portanto, não teria ocorrido a confusão patrimonial prevista pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

4.3. Como a RECORRIDA passa a demonstrar, o RECURSO ESPECIAL é totalmente improcedente, seja (i) pelo fato de que, no caso concreto, a aplicação da tese da "real investidora" levaria ao cancelamento dos AUTOS pela conclusão de que a RECORRIDA teria sido a real adquirente das ações de VILLARES, seja (ii) em razão de a referida tese não encontrar amparo na lei.

4.4. Como antecipado, a aquisição de ações de VILLARES por outra empresa do GRUPO GERDAU que não a RECORRIDA (no caso, METALÚRGICA), seguida da transferência de VILLARES à PRONTOFER e à RECORRIDA (por meio da incorporação da PRONTOFER) foi motivada por razões de ordem extrafiscali, que estavam diretamente relacionadas aos obstáculos negociais então existentes para a emissão de debêntures conversíveis em ações pela RECORRIDA.

4.5. O negócio originalmente desejado consistia na emissão de valores mobiliários por parte da própria RECORRIDA em contrapartida da transferência da participação em VILLARES então detida por BNDESPAR. Essa era a opção mais lógica para o GRUPO GERDAU, tanto que a reestruturação culminou com a incorporação de VILLARES pela RECORRIDA como etapa necessária à concentração do segmento operacional de ações especiais na RECORRIDA.

4.6. Com relação a BNDESPAR - alienante dos investimentos em VILLARES -, devido à sua atuação em operações de renda variável, a ela interessava o recebimento de valores mobiliários "conversíveis ou permutáveis em ações ou de qualquer modo transformáveis, resgatáveis ou lastreados em ações" de emissão da própria RECORRIDA, cujas ações preferenciais apresentavam maior grau de liquidez e dispersão no mercado⁴.

4.7. Não por outro motivo que, por ocasião da concretização do negócio, em contraprestação à alienação da participação que detinha em VILLARES, BNDESPAR recebeu debêntures com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da RECORRIDA. Lê-se no "Instrumento particular de Escritura da Quarta Emissão Privada de Debêntures Não Conversíveis, permutáveis, da Espécie com Garantia Flutuante, em Série Única", da METALÚRGICA ("Escritura"):

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

4.2.4 As ações objeto da permuta terão os mesmos direitos, preferências e vantagens estatutariamente garantidos às ações da mesma espécie e classe da Gerdau na data de emissão das Debêntures, fazendo jus a bonificações

⁴ Em decorrência de suas principais diretrizes, que consistem fundamentalmente no desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro e no fortalecimento da estrutura de capital de empresas brasileiras, BNDESPAR atua em quatro modalidades de renda variável: a) subscrição de valores mobiliários; b) participação em fundos de investimento; c) aquisição de ações em pregão na bolsa de valores; e d) aquisição de certificados de investimento. Com relação especificamente à subscrição de valores mobiliários, extrai-se do site oficial do Banco Nacional do Desenvolvimento Social ("BNDES") que tal modalidade consiste na "subscrição, pela BNDESPAR, em emissão pública ou privada, de ações ou outros valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações ou de qualquer modo transformáveis, resgatáveis ou lastreados em ações, através do Produto BNDES Subscrição de Valores Mobiliários",

(<http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-controle/planejamento-corporativo/o-bndes/politica-de-atuacao-em-renda-variavel#subscricao>)

distribuídas, bem como a quaisquer direitos deliberados em atos societários da Gerda a partir da data da solicitação da Permuta de Ações. (...)

4.2.6 Para fins da garantia da permutabilidade estabelecida na Cláusula 4.2, a Emissora providenciará a anotação do bloqueio da referida quantidade de ações junto à instituição escriturados durante toda a vigência das Debêntures, somente sendo permitido o desbloqueio durante tal prazo com a expressa anuência da totalidade dos Debenturistas."

4.8. A aquisição das ações representativas de 28,88% do capital social de VILLARES seria, portanto, originalmente realizada pela RECORRIDA, que a incorporou em seguida, exatamente nas condições em que a fiscalização reconhece que o aproveitamento fiscal do ágio não poderia ser questionado.

4.9. No entanto, à época da aquisição de VILLARES, a emissão de debêntures conversíveis em ações por parte da RECORRIDA apresentava **inconvenientes de ordem extrafiscal**, mencionados em 2.8. (ii)., acima: estava em curso um processo de OFERTA PÚBLICA -inclusive com emissão de ADR -, que havia sido aprovado em março de 2008 (consoante Fato Relevante ora anexado aos autos do processo) e que tinha por base os indicadores financeiros à época existentes para os fins a que se destinava: adequação de sua estrutura de capital. Ou seja, a emissão de debêntures conversíveis em ações por parte da RECORRIDA alteraria as bases nas quais a OFERTA PÚBLICA foi aprovada e retardaria a colocação das ações.

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

4.11. Diante dos inconvenientes acima mencionados e da inexistência de impeditivos para que METALÚRGICA emitisse debêntures não conversíveis com cláusula de permutabilidade por ações preferenciais da RECORRIDA, a utilização de recursos econômicos pelo GRUPO GERDAU na aquisição das ações de VILLARES foi dividida em duas etapas:

(i) emissão de debêntures por METALÚRGICA, com as referidas características; e (ii) posterior entrega de ações de emissão da RECORRIDA a METALÚRGICA, por meio de uma subsidiária para a qual PRONTOFER foi transferida antes de ser incorporada. Ou seja, **a reestruturação fez com que o GRUPO GERDAU ficasse na situação que estaria se as ações de VILLARES tivessem sido, desde o início, adquiridas pela RECORRIDA, caso não existissem todos os inconvenientes acima mencionados.**

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

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

4.14. A aquisição das ações de VILLARES por METALÚRGICA seguida de uma série de operações, dentre elas a transferência desse investimento a PRONTOFER, se deu justamente para contornar os momentâneos inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos pela RECORRIDA. **A reestruturação fez com que o GRUPO GERDAU ficasse na situação que estaria se as ações de VILLARES tivessem sido,**

desde o início, adquiridas pela RECORRIDA, acaso não existissem todos os inconvenientes acima mencionados."

4.15. Isto posto, de duas uma: (i) ou a reestruturação societária implementada pelo GRUPO GERDAU é legítima, ante a existência de motivos extrafiscais, e os AUTOS são cancelados; ou (ii) se rejeitam os efeitos fiscais da transferência dos investimentos em VILLARES a PRONTOFER, em razão da alegada artificialidade, e de todos os atos que envolveram a reestruturação, o que acarretaria, da mesma forma, o cancelamento dos AUTOS, **pela inafastável conclusão de que a RECORRIDA teria sido a real adquirente das ações de VILLARES, pois esta teria sido a real intenção do GRUPO GERDAU.**

4.16. Além disso, reitera a RECORRIDA que a reestruturação do GRUPO GERDAU foi finalizada com a incorporação de VILLARES pela RECORRIDA, em 30.12.2010, **que era essencial não só à simplificação da sua estrutura societária, mas também ao aumento de eficiência operacional por meio da unificação de estruturas e redução de custos redundantes, especialmente com relação à aquisição de matéria prima utilizada na produção de aços especiais.** Ou seja, a junção da RECORRIDA com VILARES tinha evidentes propósitos negociais.

4.17. Em suma, além de ter sido motivada por razões negociais sérias e reais, a reestruturação a que se submeteu o GRUPO GERDAU não propiciou qualquer economia fiscal diferente daquela que seria obtida caso a aquisição dos investimentos em VILLARES tivesse sido feita pela destinatária final do investimento - a RECORRIDA - que era a sociedade através da qual o GRUPO GERDAU já investia em segmento operacional de produção de aços especiais e que veio a concentrar tal segmento com a incorporação de VILLARES, mas que, à época da aquisição, apresentava inconvenientes de ordem extrafiscal para realizar a aquisição direta.

4.18. Além disso, não encontra amparo na lei o argumento da PGFN no sentido de que a união da RECORRIDA, PRONTOFER e VILLARES em uma única entidade não atenderia aos requisitos impostos pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 para amortização fiscal de ágio. É o que se passa a demonstrar.

4.19. Com a edição da Lei nº 9.532/97, foram introduzidos em nossa legislação fiscal regras para disciplinar - de forma clara e sistemática - o tratamento fiscal do ágio no caso de fusão, cisão ou incorporação de investidas por investidoras (e vice-versa) e essas normas autorizaram o cômputo da amortização do ágio no lucro real mesmo antes da baixa do investimento, em razão de sua alienação ou liquidação⁵. Dispunham os referidos dispositivos à época dos fatos em discussão:

[...]

4.20. Os referidos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 deixam claro, pois, que a pessoa jurídica que "**detenha participação societária adquirida com ágio**" (i.e., a investidora), ao incorporar a sociedade em que feito o investimento (i.e., a investida) ou ser por ela incorporada, pode atribuir efeitos fiscais à amortização do ágio, inclusive do ágio fundamentado nas perspectivas de rentabilidade do investimento (art. 7º, III).

4.21. É fora de dúvidas, portanto, que a lei não impõe qualquer restrição ao aproveitamento fiscal do ágio - decorrente de processos de incorporação, fusão etc. - em razão de a investidora ter adquirido o investimento com ágio em subscrição de aumento de seu capital social. Não existe, no texto legal, qualquer referência à forma jurídica específica pela qual a participação societária tenha sido adquirida.

4.22. Esse é o entendimento do Conselheiro LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI, manifestado em voto que restou vencedor (neste particular) proferido no recente Acórdão nº 1201-003.693, de 12.03.2020:

[...]

⁵ A rigor, as incorporações tradicionais já propiciavam o aproveitamento fiscal do ágio, mas não era claro se as incorporações reversas produziam os mesmos efeitos.

4.23. E mais, a despeito de, no caso concreto, a reestruturação da qual a transferência de ações de VILLARES a PRONTOFER fez parte ser plenamente justificável, como demonstrado, sabe-se que, ao disciplinar o aproveitamento fiscal do ágio, a Lei n.º 9.532/97 procurou tornar mais atraente o processo de privatização de empresas estatais, então em andamento no país, e o fez de forma a garantir a dedutibilidade da amortização do ágio em contrapartida da obtenção de preços mais elevados nos leilões de privatização, sem exigir que o aproveitamento do ágio decorresse de reestruturações com razões específicas.

4.24. Como observam JOÃO DÁCIO ROLIM e FREDERICO ALMEIDA, "o governo buscou tornar os investimentos nas estatais mais interessantes para os potenciais investidores, na medida em que os ágios pagos nos leilões de privatização de estatais pudessem ser deduzidos fiscalmente na apuração do Imposto de Renda e da CSLL desses investidores" ("O Ágio e Investimentos e o uso de Empresas-Veículo", *in* Revista Dialética de Direito Tributário n.º 158, p. 65).

4.25. A esmagadora maioria das sociedades que apresentaram propostas nos leilões de privatização foi constituída especificamente para participar de tais leilões. Não exerciam atividades semelhantes às das empresas privatizadas, até mesmo porque muitas dessas últimas atuavam em áreas reservadas exclusivamente a estatais, sob o regime de monopólio. Por outro lado, era comum que as próprias regras dos editais de privatização exigissem a constituição de sociedade de propósito específico para proceder à liquidação financeira do preço de aquisição da empresa privatizada.

4.26. Não existia motivação comercial que pudesse ser apresentada como justificativa para a junção da empresa privatizada com sua controladora, mediante a incorporação desta última pela primeira. Ou seja, na data em que promulgada a Lei n.º 9.532/97, não existia nada que pudesse ser apresentado como propósito comercial de incorporações do gênero, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente para justificá-la. Na realidade, a **utilização de empresa veículo para aquisição do investimento e posterior incorporação para fins de aproveitamento fiscal do ágio não só não foi vedada, mas até mesmo incentivada pelos referidos dispositivos legais, como reconhecido pelo Acórdão n.º 1301-000.711, de 19.10.2011.**

4.27. Note-se que a revogação do inciso III do seu artigo 7º (fundamento legal do artigo 386 do RIR/99) chegou a ser proposta pelo Projeto de Lei n.º 2.922, de 2000⁴, atualmente arquivado. Essa revogação foi contestada na proposta de emenda do Deputado Luiz Antonio Fleury (PTB-SP), cujos fundamentos retratam com precisão o quadro então vigente e a razão de ser do referido dispositivo legal⁶:

"Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia nacional.

Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.

Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país. Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do Art. 7º da Lei n.º 9.532, de 1997, se faz necessário.

⁶ <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/156912.pdf>

A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num 'plus' no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo,

devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga Migerir' o investimento efetuado de uma forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.

Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos. Além disso, não há que se falar em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.

A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá consequências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, ai sim, o patrimônio público será lesado.

Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por consequência, à população em geral.

O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.

Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei n.º 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país."

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

4.29. Fica, assim, evidenciada a improcedência de todos os argumentos constantes do RECURSO ESPECIAL. (*destaques do original*)

Requer que o recurso especial não seja conhecido ou, então, que lhe seja negado provimento.

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

Fl. 19 do Acórdão n.º 9101-006.939 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16682.722238/2017-54

Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte questiona o conhecimento do recurso especial, discordando do exame de admissibilidade que teve em conta *um único paradigma (o Acórdão CSRF n.º 9101-002.188, de 20.01.2016 - "PARADIGMA")*, apresentado pela PGFN. Argumenta que o paradigma foi editado *em contexto fático totalmente diverso*, mormente em face dos *inconvenientes de ordem extrafiscal* presentes no recorrido, enquanto no paradigma inexistiu *justificativa de ordem negocial para a realização as operações societárias*. Adiciona que a PGFN menciona de forma confusa e inespecífica o acórdão n.º 9101-003.495, e que tal decisão foi desconsiderada como paradigma no exame de admissibilidade mas, de toda a sorte, este caso trataria de *transferência de recursos financeiros a uma entidade holding, que figurou como adquirente jurídica da investida*, distintamente do caso presente.

Antes de avaliar os efeitos da citação do acórdão n.º 9101-003.495 no recurso especial, importa aferir se o paradigma n.º 9101-002.188 já seria suficiente para evidenciar a divergência jurisprudencial suscitada.

A PGFN invoca a demonstração fiscal de que o ágio na aquisição de VILLARES foi pago por Metalúrgica Gerdau S/A (METAL), mas transferido à Contribuinte (GERDAU) que, ao incorporar VILLARES, não extinguiu a participação de METAL em VILLARES, dado METAL figurar, desde antes, como *holding* controladora de GERDAU. E confronta o voto condutor do acórdão recorrido na argumentação que enseja a conclusão de que *a lei não prevê que a origem ou procedência do capital seja condição para que o ágio possa ser amortizado, inexistindo na Lei 9.532/98 qualquer requisito adicional para pessoas jurídicas participantes das operações de que venham resultar amortização do ágio*.

A Contribuinte observa que a própria PGFN destacou do paradigma a circunstância de *aquela situação não envolver qualquer propósito negocial a justificar a reestruturação societária implementada pelo contribuinte*, e diz que *no caso concreto, como amplamente demonstrado, os investimentos em VILLARES só não foram diretamente adquiridos pela própria RECORRIDA (que se juntou a VILLARES por incorporação ao final da reestruturação do GRUPO GERDAU) em razão de inconvenientes de ordem extrafiscal*.

O voto vencido do acórdão recorrido não deu relevo a estas justificativas, como se vê na transcrição seguinte, limitando a amortização do ágio ao adquirente original do investimento:

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

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

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

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, não invoca os mencionados *inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos* como razão para legitimar as amortizações do ágio glosadas. Fundamento da decisão é a inexistência de previsão legal acerca da *origem ou procedência do capital* para se distinguir em situações jurídicas como a presente quem seria o “real-investidor”. Veja-se:

1. Em que pese o voto do Relator apresentar fundamentação qualificada e contundente, entende-se, *Data Venia*, de forma diversa quanto à interpretação da legislação.
2. Como se percebe, a questão central discutida no recurso, e por conseguinte nestes autos, é se operação de reorganização societária, na qual teria sido utilizada uma “empresa veículo”, assim denominada pelo próprio Relator (transcrito a seguir), poderia gerar o direito à amortização do ágio. Conforme acima relatado, a questão se centra na utilização de uma, comumente chamada, empresa-veículo, no caso Prontofer Serviços de Construção Ltda. para viabilizar a utilização do ágio envolvido entre a contribuinte Gerdau S/A (a atuada) e a Aços Villares S/A.
3. Antes de adentrar à análise do caso concreto, cumpre examinar os principais dispositivos normativos que tratam do ágio e sua amortização à época da ocorrência dos fatos. São eles os art. 7º, inciso III e art. 8º, alínea “b” da Lei 9.532/98, cuja redação se transcreve abaixo.

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

[...]

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

[...]

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

[...]

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

4. De forma breve, os requisitos do art. 7º para que a amortização do ágio possa ocorrer são: **a)** pessoa jurídica que absorva o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão; **b)** que haja participação societária preexistente entre as pessoas jurídicas da citada operação de incorporação, fusão ou cisão; **c)** tenha havido ágio quando adquirida a participação societária e tal ágio seja apurado conforme o disposto no art. 20 do Dec.-Lei nº 1.598/77. Já o art. 8º, inciso II, da citada lei prevê que a amortização também é aplicável quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação societária.

5. Cumpre destacar que tanto a Autoridade Fiscal, quanto a DRJ, não tiveram como objeto de suas análises e decisões a existência do ágio, nem sobre a regularidade das operações, o que inclui a incorporação, mas sim sobre o enquadramento de tais operações na legislação tributária, bem como seus efeitos. Assim, tais questões não serão examinadas na presente decisão, adotando-se a postura de que elas não se constituem como empecilhos para a caracterização das situações previstas na lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. Tal entendimento absorve as demais discussões, subsidiárias, bem como o exame do Recurso de Ofício.

O paradigma n.º 9101-002.188, por sua vez, prestou-se a reverter interpretação semelhante à defendida no recorrido, lá relatada como orientadora da decisão confrontada pelo recurso especial examinado:

O que fez o acórdão recorrido foi justamente validar a transferência do ágio, quando concluiu "que o planejamento fiscal da contribuinte foi mesmo regular, haja vista que a utilização de empresa veiculo não resultou em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da mesma".

Realmente, não está escrito no acórdão recorrido a expressão "transferência de ágio" (exceto quando cita no relatório a decisão de primeira instância, para a qual a transferência do ágio é impeditivo para amortização do ágio), mas isso é decorrência do fato de que, ao deixar claro que não encontra óbice algum ao planejamento tributário com utilização de empresa veiculo, está aceitando a transferência de ágio e emitindo um juízo de que a transferência não implica no desenquadramento da hipótese de incidência da norma de amortização do ágio.

Na verdade, o que ocorreu aqui é que o acórdão recorrido elegeu três premissas básicas para validar a amortização do ágio, premissas essas antijurídicas e *contra legem*, e procedeu a subsunção dos fatos do lançamento As suas premissas arbitrariamente inventadas, chegando à conclusão de que a operação objeto da atuação fiscal enquadra-se (subsume-se) a essas premissas; sendo, conseqüentemente e dessa forma, correta a amortização.

Ora, essas premissas não são a hipótese de incidência da norma, não é a elas que os fatos devem se subsumir e sim à norma (a norma é que deve ser objeto de interpretação), até mesmo porque essas premissas foram artificialmente construídas pelo colegiado *a quo* para que alguns lançamentos relativos à amortização de ágio fossem cancelados, como se observa da jurisprudência daquela turma que utiliza sempre o mesmo molde.

Vale ainda observar que o voto condutor do paradigma assim confronta a objeção ao conhecimento do recurso especial interposto naqueles autos, calcada em reanálise de provas:

Como terceira preliminar de não conhecimento do recurso, a contribuinte alega que as razões de decidir adotadas no acórdão recorrido estão fundadas em pura análise das provas e circunstâncias fáticas, cuja revisão não se pode esperar do escopo e da alçada de julgamento pela CSRF.

Essa preliminar também não merece prosperar. O exame de mérito, feito a seguir, deixará bastante evidente que não se trata aqui de reexame de prova, mas sim da interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, e das hipóteses de subsunção a estas normas.

Assim é que o voto condutor do paradigma decidiu pela impossibilidade de amortização do ágio se, na incorporação que antecede este aproveitamento, não está presente a investidora original, concluindo que:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

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

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

Sob esta ótica, o fato de a PGFN destacar que a situação do paradigma *não envolvia qualquer propósito negocial a justificar a reestruturação societária implementada pelo contribuinte* presta-se, apenas, a demonstrar que não havia diferencial fático, naquele caso, determinante da decisão invocada. Na medida em que os mencionados *inconvenientes negociais da aquisição direta dos investimentos* não foram, aqui, determinantes para a decisão do acórdão recorrido, há similitude suficiente para caracterização do dissídio jurisprudencial.

Com respeito à decisão proferida no precedente nº 9101-006.291, invocada pela Contribuinte por resultar na inadmissibilidade de *Recurso Especial interposto por determinado contribuinte na situação exatamente oposta, ou seja, em que o contribuinte buscava reformar acórdão que lhe havia sido desfavorável tendo indicado paradigma que validou o aproveitamento fiscal do ágio em contexto fático que envolvia propósitos extrafiscais, ausente naquele caso*, importa observar que os paradigmas apresentados foram rejeitados sob a condução do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli porque um deles apresentava *questões societárias e regulatórias* que justificariam a estrutura adotada (paradigma nº 9101-003.609) e o outro envolvia aquisição de participação societária por empresa veículo, com prévio aporte de recursos de sociedade controladora domiciliada no exterior, sendo que esta empresa veículo somente foi extinta três anos depois da aquisição na qual se formou o ágio amortizado (paradigma nº 1301-002.434). O recorrido lá sob análise, por sua vez, teve em conta a transferência de ágio, pago em operação anterior, para empresa veículo constituída por razões que se mostraram irrelevantes para o Colegiado *a quo*, vez que somente a incorporação com o envolvimento da adquirente original permitiria a amortização fiscal do ágio. Ou seja, não havia questões regulatórias que justificassem a transferência posterior à aquisição, assim como não se tratava de aporte de recursos prévio para aquisição pela pessoa jurídica interposta.

Como se vê, as distinções mencionadas no precedente não estão presentes no presente caso, no qual tanto o recorrido quanto o paradigma decidem a possibilidade de

amortização do ágio transferido apenas em face da existência de permissão legal, ou não, para tanto, sem qualquer ressalva em face de circunstâncias específicas que possam ter motivado a estrutura original de aquisição.

Adicione-se, por oportuno, que o paradigma n.º 9101-002.188 tem sido sucessivamente rejeitado por este Colegiado para caracterização de dissídios jurisprudenciais nos quais é questionada a interposição de empresa-veículo antes da aquisição, mediante aporte de recursos pelo indicado “real-adquirente”. Neste sentido foram: i) o voto condutor do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, acolhido por maioria⁷ no Acórdão n.º 9101-005.790; ii) o voto condutor da Conselheira Livia De Carli Germano, acolhido à unanimidade⁸ no Acórdão n.º 9101-005.869; iii) o voto vencedor desta Conselheira, acolhido por maioria⁹ no Acórdão n.º 9101-006.037; iv) o voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, acolhido à unanimidade¹⁰ no Acórdão n.º 9101-006.251; e vi) o voto condutor da Conselheira Livia De Carli Germano, acolhido à unanimidade¹¹ no Acórdão n.º 9101-006.253.

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

Há significativa similitude com o paradigma n.º 9101-002.188 no qual, apesar de constituírem a empresa veículo Delta Participações Farmacêuticas S/A anteriormente, Aché Laboratórios Farmacêuticas S/A e Magenta Participações S/A adquirem diretamente o investimento com ágio em Biosintética Farmacêutica S/A e, posteriormente, transferem este investimento para Delta Participações Farmacêuticas S/A que, assim, é incorporada por Biosintética Farmacêutica Ltda, retornando esta ao controle de Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A, mas com a amortização do ágio pago em sua aquisição. Os casos se distinguem quanto às justificativas apresentadas para a forma como as operações foram estruturadas, e também porque no recorrido a adquirida é extinta na incorporação, enquanto no paradigma a adquirida figura como incorporadora e passa a amortizar o ágio pago em sua aquisição. Contudo, em ambos os casos a adquirente original não participa da incorporação que antecede a amortização fiscal do

⁷ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício) e divergiram no conhecimento os conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob.

⁸ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício).

⁹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu no conhecimento a relatora, Conselheira Andrea Duek Simantob.

¹⁰ Participaram do presente julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

¹¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

ágio, e esta incorporação se efetiva mediante deslocamento do investimento adquirido dentro do grupo econômico, até ser situado na posição de melhor interesse para realização de seu custo.

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

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

Neste contexto, desnecessário avaliar os efeitos das referências ao acórdão n.º 9101-003.495, presentes no recurso especial, porque o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO com base no paradigma n.º 9101-002.188.

Recurso especial da PGFN - Mérito

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

O cerne da discussão, assim, se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977*. Essencialmente questiona-se se quem detém a participação deve tê-la adquirida originalmente ou pode tê-la recebido por transferência.

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

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerado, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹². Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto

¹² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

no art. 426 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, inciso III).

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1.º e 2.º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1.º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumisse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão¹³.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁴, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁵ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

¹³ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁴ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista¹⁶ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹⁷.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

¹⁷ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

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

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão,** na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁸.

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

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

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

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

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

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

¹⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI¹⁹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

¹⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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

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

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

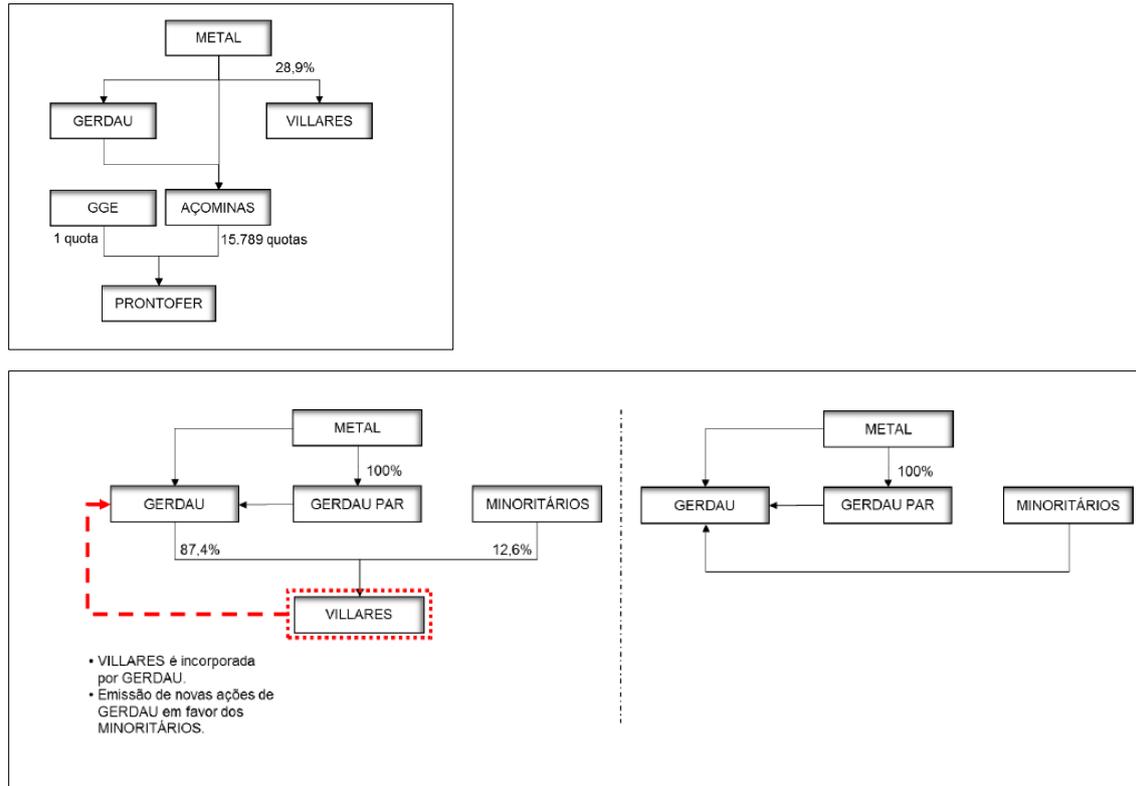
Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Como expresso na análise do conhecimento do recurso especial fazendário, estas circunstâncias, também suscitadas em recurso voluntário, não foram ressaltadas no voto condutor do acórdão recorrido como diferenciais que reforçassem a regularidade afirmada pelo Colegiado *a quo* e, assim, também não figuraram como dessemelhança que afetasse a comparabilidade com o paradigma indicado. Por esta razão, o recurso especial foi conhecido em

face da suficiência da divergência jurisprudencial demonstrada para reversão da premissa do recorrido, o que limita o escopo desta análise de mérito e condiciona o provimento do recurso especial fazendário ao retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para que estes argumentos subsidiários de defesa sejam apreciados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Neste sentido, cabe aqui um excerto sobre o tema, ao qual recorro ao acórdão n.º 9101-002.301 (sessão de 06/04/2016), proferido pela 1ª CSRF, da relatoria do i. Conselheiro André Mendes de Moura:

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Não houve, assim, decisão do Colegiado *a quo* quanto aos argumentos subsidiários da Contribuinte acerca dos *momentâneos inconvenientes negociais* impeditivos da figuração de GERDAU como adquirente de VILLARES, bem como em relação aos demais títulos acima mencionados, para além do recurso de ofício. Esclareça-se que os alegados impedimentos poderiam permitir a compreensão de que GERDAU foi a adquirente do investimento, e eventualmente legitimar a amortização fiscal do ágio sob as premissas jurídicas

aqui fixadas. Por esta razão, as justificativas apresentadas não restam implicitamente afastadas pela interpretação da legislação tributária contrária à transferência do ágio pago para amortização fiscal sem a integração da adquirente à adquirida.

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

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

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora