APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS

RELATOR: JUIZ FEDERAL ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA
APELANTE: GERDAU ACOS ESPECIAIS S.A. (EMBARGANTE)
APELANTE: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (EMBARGADO)
APELADO: OS MESMOS

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pela União e por Gerdau Aços Especiais S/A contra sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal n. 5024374-90.2017.4.04.7100 que aquela move contra esta, objetivando a cobrança de débitos inscritos em dívida ativa relacionados a IRPJ e CSLL (CDAs n. 00 2 17 000847-57 e 00 6 17 003622-68), apurados em decorrência da glosa do ágio oriundo de operações de reorganização societárias ocorridas em 2004/2005. A sentença anulou as CDAs e extinguiu a execução fiscal, condenando a União no pagamento de honorários advocatícios de 1% sobre o valor da causa, fundando-se no art. 85, §3º, V, do CPC.

Na apelação, a União alega que não é possível comparar o novo ágio, previsto na Lei nº 12.973/14, com o antigo ágio regulado pelo DL nº 1.598/77, o qual não autoriza o "ágio de si mesmo" por não ter havido aquisição, independentemente do seu contexto contábil. Menciona que o ágio interno fere o princípio da essência sobre a forma e que é fictício, sendo utilizada "empresa veículo" para incorporação sem justificativa econômica ou negocial. Alega que não houve nenhuma aquisição das ações Gerdau Açominas "a justificar a existência do ágio ao final amortizado e deduzido. A suposta aquisição que deu ensejo ao ágio (subscrição de capital da Gerdau Participações) fora orquestrada pelo grupo GERDAU a fim de ser cancelada ao final, pois visava apenas a proporcionar a reavaliação da participação na GERDAU AÇOMINAS", sendo aplicável o art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 apenas no caso de uma empresa adquirir outra mediante pagamento de ágio com base em rentabilidade futura e se, depois, houver a confusão patrimonial entre elas. Explica que o ágio de si mesmo envolve "a reavaliação espontânea de uma participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do "ganho" decorrente dessa reavaliação é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica reavaliada. Por essa razão que tal ágio é denominado de "si mesmo". A empresa tem seu patrimônio reavaliado, apura um ágio e, ao final, ainda o amortiza e deduz fiscalmente" e que o ágio deduzido decorreu da reavaliação do patrimônio da Gerdau Açominas dentro do seu grupo econômico, sendo, por isto, indedutível. Alega que os contratos ofendem os artigos 421 e 422 do Código Civil, uma vez que realizados com o escopo de obter a dedução do ágio. Defende a imposição de juros de mora sobre a multa e o encargo-legal, postulando o provimento do recurso, a fim de que sejam julgados improcedentes os embargos à execução fiscal.

A Gerdau Aços Especiais S/A, na sua apelação, pretende que os honorários sejam fixados com a observância do escalonamento do §5º do art. 85 do CPC e a condenação da União no ressarcimento das despesas processuais, incluindo as realizadas com o seguro-garantia contratado com instituição financeira para garantir a execução fiscal.

Apresentadas contrarrazões, vieram os autos ao Tribunal.

Relatados.

VOTO

1. Preliminar

1.1 Recursal

1.1.1 Admissibilidade

Recebo as apelações, visto que adequadas e tempestivas.

Registro, ainda, o recolhimento das custas processuais pela apelante Gerdau Aços Especiais (processo originário, evento 13).

2. Mérito

2.1 Apelação da União

2.1.1 Contexto fático

Os créditos tributários executados, objeto dos embargos à execução acolhidos pela r. sentença, foram apurados no PA nº 11080.723701/2010-74 e referem-se ao IRPJ/CSL, apurados com base no lucro real trimestral, juntamente com multa de ofício, especificamente em relação à contabilização do denominado "ágio interno" nos anos de 2004/2005, considerado indevido pelo Fisco porque realizado dentro do mesmo grupo econômico, conforme consta no quadro resumo do auto de infração:

> "O contribuinte faz parte de um grupo econômico de pessoas jurídicas que realizou operações de reorganização societária (subscrição de capital, incorporação e cisão). A combinação dessas operações gerou um ágio que teve reflexos na apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social do período sob fiscalização. O registro contábil e a amortização desse ágio são indevidos, por se tratar de ágio gerado internamente, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico. Nesta ação fiscal foram lançados o IRPJ e a CSLL devidos pelo contribuinte, considerando os efeitos do ágio indevidamente aproveitado, conforme registrado em seus livros fiscais e contábeis"

A fiscalização tomou por base diversas operações de reorganização societária do GRUPO GERDAU, ocorrida a partir de dezembro de 2004 a 2005, abrangendo várias empresas do mesmo grupo. Houve um encadeamento de sucessivas operações, mediante incorporação de participação societária, incorporação de sociedades e cisão parcial. Ao final, as operações acabaram por gerar o denominado ágio interno,

aproveitado pela embargante Gerdau Aços Especiais S/A para reduzir o IRPJ/CSL.

As operações foram resumidas no parecer anexado no ev1-OUT19 e podem ser visualizadas no ev17-OUT2:

"Primeiro, a empresa Metal Data Engenharia e Representações apresentou Laudos de Avaliação Econômica das particpações societárias da Gerdau S/A nas sociedades Gerdau Açominas S/A e Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. Referidos laudos justificaram a reavaliação do valor dos investimentos fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Segundo, houve o aumento do capital social da Gerdau S/A, a partir da emissão de ações ordinárias nominativa, a serem subscritas e integralizadas pela acionista Gerdau S/A, mediante a incorporação de participações em ações das empresas Gerdau Açominas S/A e Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda. Nessa etapa, houve a participação do Banco Itaú BBA S/A, que reconheceu a regularidade das operações e passou a ser acionista da Gerdau Participações S/A.

Terceiro, a Gerdau S/A teve seu patrimônio aumentado em decorrências dessas reavaliações, mas não reconheceu ganho de capital em virtude do diferimento estabelecido pelo artigo 36 da Lei nº 10.637/02.

Quarto, a Gerdau S/A, a Gerdau Participações S/A e a Gerdau Açominas S/A firmaram "Protocolo de Intenções" estabelecendo a futura incoporação da Gerdau Participações S/A pela Gerdau Açominas S/A.

Quinto, a Gerdau Açominas S/A incorporou a Gerdau Participações S/A, passando seu capital a ser aumentado, além de ser constituída uma Reserva Especial de Ágio.

Sexto, a partir desta incorporação, a incorporadora Gerdau Açominas S/A passou a amortizar o ágio que estava registrado na Gerdau Participações S/A, relativo ao investimento que detinha na própria Gerdau Açominas (em virtude da expectativa de rentabilidade futura)".

Na sétima e última operação, a " Gerdau Açominas é cindida parcialmente em quatro novas sociedades: Gerdau Aços Especiais S/A, Gerdau Aços Longos S/A, Gerdau América do Sul Participações S/A e Gerdau Comercial de Aços S/A, permitindo a maior especialização de cada das empresas em seu ramo de atividades".

As operações de reorganização societária são tratadas por Modesto Carvalhosa. O autor menciona que a concentração empresarial não é ilícita, observadas as restrições acerca do abuso da posição dominante, e que "os negócios de reestruturação societária representam atos constitutivos e, ao mesmo tempo, desconstitutivos, decorrentes de causas supervenientes à formação da companhia. têm natureza voluntária e podem levar ao desaparecimento da personalidade jurídica de uma ou mais sociedades, com a posterior constituição de outras ou sua absorção.". Ao falar da fusão e incorporação, diz que o "seu efeito jurídico-econômico é, necessariamente, a concentração de empresas, ainda que possam as envolvidas buscar objetivos adicionais, como lucro fiscal ou absorção por sociedade próspera de pessoa jurídica insolvente ou incapacitada para o mercado" e que a cisão "racionaliza o patrimônio social da sociedade, dele afastando atividades empresariais que não são do interesse das partes envolvidas na concentração". Afirma que "prevalece no Direito Societário a autonomia das partes e a liberdade de contratar, desde que observadas as vedações legais. Assim, as partes envolvidas estão livres para estabelecer as bases do negócio de reestruturação", prevendo a lei e os atos da CVM regras para a proteção dos acionistas minoritários e investidores (Tratado de Direito Empresarial, volume III, Sociedades Anônimas, p. 958/959; 2ª Tiragem, Thomson Reuters; 2016).

2.1.2 Contexto jurídico

Inicialmente, com a finalidade contextualizar o quadro jurídico vigente por ocasião das operações societárias que deram origem ao "ágio interno" glosado pela fiscalização, deve ser sublinhado que os fatos ocorreram anteriormente à Lei nº 11.638/07.

A Lei nº 11.638/07, complementada pela Lei nº 11.941/09, promoveu alterações na Lei das S/A, deflagrando o processo de convergência das práticas contábeis nacionais às práticas contábeis internacionais, denominadas de IAS (*International Accounting Standards*), complementadas pelas normatizações denominadas IFRS *(International Financial Reporting Standards*), identificadas como padrão IAS/IFRS.

Foram instituídos novos critérios legais para determinar a avaliação dos investimentos e seus respectivos registros contábeis, sobretudo no caso de coligadas e controladas. Até então, não havia tratamento tributário e contábil específico para o ágio resultante de operações entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

A Lei n° 12.973/14, por sua vez, alterou a redação dos artigos 20, 21 e 22 do DL nº 1.598/77 e proibiu a amortização do ágio quando as operações de incorporação, fusão ou cisão, ocorrerem entre "partes dependentes" (art. 20 e 25).

Foram estas alterações normativas que ensejaram o Ofício Circular CVM nº 1/2007, que esclareceu dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e questões relacionadas às normas internacionais emitidas pelo IASB, disciplinando o ágio interno no item 20.1.7:

"Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros.

Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível. Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade".

No mesmo sentido dispôs o item 50 da Orientação Técnica OCPC nº2/2008, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

"É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação".

Os impasses sobre a amortização do ágio interno surgiram porque a fiscalização tributária, sobretudo diante da rejeição da MP nº 66/02, que regulamentava a norma geral antielisiva acrescentada ao parágrafo único do art. 116, do CTN, pela LC nº 104/01, passou a desconsiderar as transações executadas sem "propósito negocial", uma vez que focadas apenas em motivos de natureza tributária, bem como aquelas realizadas, como ocorreu na hipótese dos autos, com ausência de "substância econômica". A propósito, irretocável a análise de Rafael Marchetti Marcondes em artigo publicado na Revista de Direito Tributário Contemporâneo (vol. 23/2020, p 15/39):

"O Fisco sustentou que, mesmo que os atos societários tenham observado as formas legais, sob o enfoque contábil, o ágio estava atrelado à noção de geração de riqueza. Assim, sempre que uma transação era feita entre partes relacionadas, assumia-se que nenhum acréscimo era gerado, se considerado o patrimônio do grupo econômico e não apenas o conjunto de bens da empresa investidora. Esse aspecto gerou intensas disputas entre o Fisco e os contribuintes a fim de se estabelecer se tal prática era ou não válida e seus limites. O que se observa, entretanto, foi que o Fisco passou a questionar a amortização de ágios reconhecidos na lei fiscal e contábil antigas, isto é, anteriores a 2007, com base em regras trazidas pela "nova contabilidade" que passaram a vedar o "ágio interno".

Ocorre que, quando os referidos ágios foram registrados pelos contribuintes, nem a Contabilidade nem o Direito proibiam o seu registro. Não se pode utilizar critérios contábeis novos – como o CPC (LGL\2015\1656) 15 – para questionar ágios registrados anteriormente, na vigência de outras regras contábeis. O "ágio interno", como ficou conhecido o ágio gerado a partir de negócios realizados entre partes relacionadas, somente passou a ser expressamente vedado no âmbito jurídico pela Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934)"

2.1.3 Origem do ágio

2.1.3.1 Etapa 1

O ágio interno que foi amortizado pela embargante surgiu a partir das avaliações das participações societárias da Gerdau nas sociedades Gerdau Açominas (participação de 91,4912%) e Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda (Grupo Gerdau – 94,8871%), efetuado em 22 de dezembro de 2004.

Segundo o Laudo de Avaliação elaborado pela empresa METAL DATA ENGENHARIA E REPRESENTAÇÕES LTDA, a avaliação foi efetuada para que se fizesse uma reorganização societária para obter maiores vantagens estratégicas, eficiência operacional e de gestão.

No resumo dos Laudos de Avaliação, é esclarecido que o "critério de avaliação utilizado para determinar o valor econômico das referidas participações societárias envolvidas foi o de Fluxo de Caixa Descontado (*Discounted Cash-Flow*), ajustado pelo valor dos bens, direitos e obrigações não operacionais" e que nos seus anexos "estão descritas as premissas e variáveis levadas a efeito para a elaboração das Projeções de Fluxo de Caixa, assim como os critérios para determinação do seu Valor Presente e o critério de avaliação dos bens, direitos e obrigações não operacionais, acompanhados das planilhas de projeção", apresentando o seguinte quadro de avaliação (ev1-OUT7, p. 30):

Empresas	Valor econômico	Participação da Gerdau S/A	Valor econômico da participação
Gerdau Açominas	14.972.155	91,4912%	13.698.283
Gerdau Internac	6.701.684.	94,8871%	6.358.981.
Ativos na América do Sul	1.528.373.	94,8871%	1.450.275.

Antes da avaliação, na contabilidade da Gerdau S/A estava registrado o investimento na Gerdau Açominas pelo valor contábil de R$4.479.918.909,94. Como o valor econômico da participação foi avaliado por R$13.698.283.480,00, isto gerou, por ocasião do aumento do capital social abaixo mencionado, um ágio de R$9.218.364.570,10. Parte deste ágio foi depois transferido para a embargante e utilizado para reduzir o IRPJ/CSL.

O investimento da Gerdau S/A na Gerdau Internacional estava registrado pelo valor contábil de R$641.491.640,84. Por ocasião da utilização do valor de R$1.528.372.790,00 para o aumento do capital social a seguir mencionado, foi gerado ágio de R$886.881.149,16.

2.1.3.2 Etapa 2

Na data de 29 de dezembro de 2004, a Assembleia-Geral Extraordinária da Siderurgica Riograndense S/A resolveu alterar sua denominação social para Gerdau Participações S/A, doravante denominada de GPAR.

A Siderúrgica Riograndense S/A estava desativada e tinha capital social de R$422.360,00, representado por 256.549 ações ordinárias nominativas. Praticamente a totalidade das ações era da Gerdau S/A (256.509 ações, representando 99,845% do capital, conforme pode ser visto na p. 35 do OUT7 do ev1.

A Assembleia-Geral Extraordinária aprovou o aumento do capital social da GPAR de R$422.360,00 para R$15.227.078.630,00, mediante a emissão de 9.248.942.700 ações nominativas, pelo seu valor patrimonial em 30.11.2004.

A subscrição e integralização das ações nominativas emitidas foi efetuada pela acionista Gerdau S/A, mediante incorporação na GPAR das seguintes participações societárias:

a) 145.146.117 ações ordinárias e 5.512 ações preferenciais de emissão da Gerdau Açominas S/A, pelo valor de R$13.698.283.480,00;

b) 607.398.462 quotas de emissão da Gerdau Internacional Ltda pelo valor de R$1.528.372.790,00.

Depois, em 06 de maio de 2005, houve novo aumento do capital social da GPAR para R$15.777.078.630,00, sendo emitidas 325.062.172 ações ordinárias nominativas, pelo seu valor patrimonial em 30.03.2005, as quais foram subscritas e integralizadas pelo Banco Itaú S/A pelo valor de R$550.000.000,00 (ev1-OUT5, p. 30).

Na operação de subscrição e integralização das ações na GPAR, a Gerdau utilizou todas as ações que detinha na Gerdau Açominas (91,4912%) pelo valor da avaliação de R$13.698.283.480,00 e parte das cotas da Gerdau Internacional Empreendimentos Ltda (22,8%), pelo valor de R$1.528.372.790,00 (ev1-OUT5, p. 18), mantendo-se como a "dona" da GPAR, com 99,999% do seu capital (ev1-OUT7, p. 36).

Na contabilidade da GPAR estava registrado na conta 240000 o capital social de R$15.226.656.270,00 (ev1-OUT5, p. 22).

No ativo, na conta em investimentos, os investimentos da Gerdau Açominas e da Gerdau Internacional Ltda.

O investimento da Gerdau Açominas estava registrado no Razão, na conta 130012, pelo valor patrimonial de R$4.479.918.909,94, acompanhado do ágio de R$ 9.218.364.570,10 (ev1-OUT5, p. 24), também contabilizado na conta específica 131060 (ev1-OUT5, p. 25).

O investimento da Gerdau Internacional Ltda estava registrado no Razão, na conta 130020, pelo valor patrimonial de R$641.491.640,84, assim como do ágio de R$886.881.149,16 (ev1-OUT5, p. 24), juntamente com a sua contabilização específica na conta 131059 (ev1-OUT5, p. 26).

2.1.3.3 Etapa 3

A Gerdau S/A, por sua vez, contabilizou a baixa do seu investimento na Gerdau Açominas e de parte do investimento na Gerdau Internacional Empreendimentos. Tais investimentos foram substituídos pelo investimento na GPAR, gerando, segundo a Gerdau, ganho de capital de R$10.347.317.617,46 (ev1-OUT5, p. 27), consistente na diferença entre o valor da integralização e o valor apontado na escrituração contábil, cuja tributação pelo IRPJ/CSL estaria diferida pela previsão do art. 36 da Lei nº 10.637/02, antes da sua revogação em 2005 pela Lei nº 11.196:

> "Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. **(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)**
>
> § 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: **(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)**
>
> I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; **(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)**
>
> II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. **(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)**
>
> § 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.**(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)**"

2.1.3.4 Etapa 4

Na data de 28 de abril de 2005, houve o protocolo de intenções firmado entre Gerdau Açominas, GPAR e Gerdau com o objetivo de incorporar a GPAR na Gerdau Açominas.

A incorporação seria efetivada em 09 de maio de 2005, tomando por base o acervo líquido da GPAR, avaliado pelo seu valor patrimonial em 31.03.2005, com o acréscimo do capital social que decorreria da emissão de novas ações que seriam subscritas e integralizadas pelo Banco Itaú S/A, totalizando R$9.228.495.564,38. No protocolo, está consignado que as variações patrimoniais posteriores a 31 de março de 2005, com exceção do aumento do capital social, "serão apuradas com base no valor contábil e computadas no resultado da incorporação como ganho ou perda de capital da Gerdau Açominas".

2.1.3.5 Etapa 5

A operação de incorporação foi aprovada em 09 de maio de 2005.

Houve o aumento do capital social da Gerdau Açominas em R$1.224.645.638,75, mediante a emissão de 166.360.030 ações ordinárias atribuídas aos acionistas da GPAR, sendo constituída reserva especial de ágio de R$3.134.243.953,83 (ev1-OUT5, p. 32/33, 42/44).

A Instrução CVM nº 319/99 regulava o aproveitamento econômico e o tratamento contábil do ágio e deságio, relativamente às operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhias abertas. O art. 6º, com a redação conferida pela Instrução CVM nº 349/01, dispunha:

> "Art. 6º O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:
>
> I - nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);
>
> II - em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e
>
> III - em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).
>
> §1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:
>
> a) constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;
>
> b) registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;
>
> c) reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e
>
> d) apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.
>
> §2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.
>
> §3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998."

A observância do normativo da CVM originou a reserva especial de ágio de R$3.134.243.953,82, o qual representava 34% de ágio de R$9.218.364.570,06 que tinha sido apurado pela GPAR por aquisição do investimento na Gerdau Açominas, contemplando os efeitos fiscais da amortização com as alíquotas de 25% do IRPJ (alíquota de 15%+adicional de 10%) e 9% da CSL, conforme explicado pela DRJ (ev13-PROCADM8, p. 78).

Como as operações de incorporação devem ser justificadas, conforme prevê o art. 225 da Lei nº 6.404/76, a GPAR e a Gerdau Açominas apresentaram a seguinte justificação (ev1-OUT5, p. 35 e p. 37):

> "A operação cuja aprovação pelos Senhores Acionistas é ora solicitada se justifica por oportunizar à totalidade dos acionistas da GERDAU AÇOMINAS participar, em igualdade de condições com o seu controlador, dos negócios siderúrgicos desenvolvidos pelo Grupo Gerdau na América do Sul, bem como o uso eficiente de disponibilidade de recursos financeiros, visando o desenvolvimento de novos negócios nessa região.
>
> A referida operação é um estágio intermediário do processo de reorganização societária pelo qual está passando o Grupo Gerdau, o qual busca o alinhamento da estrutura societária à estratégia de gestão, para maximizar o desempenho das operações e melhorar o atendimento e a transparência das informações ao mercado, sobre cada negócio"

Aprovado o protocolo e a justificação da operação, surge o que Modesto Carvalhosa denomina de terceira etapa do processo de incorporação, que é a implementação da operação. "Uma vez aprovado o protocolo e o laudo de avaliação do patrimônio da incorporada, ocorrerá o aumento de capital da incorporadora, integralizado com o patrimônio da incorporada, e a entrega das ações da incorporadora aos acionistas da incorporada, em substituição dos títulos que detinham na última" (op. cit.; p. 983).

Efetuada a operação de incorporação, a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações. "A ideia de sucessão a título universal implica, em princípio, que todas as relações, reais, obrigacionais, ativas, passivas, substanciais ou processuais transmitam-se para a sociedade incorporadora. Isto significa que todos os bens, direitos e obrigações, na esfera do direito substantivo ou processual, saem do patrimônio da incorporada, com a sua extinção, passando a integrar o patrimônio da incorporadora", como explica mais uma vez Modesto Carvalhosa (op. cit.; p. 985).

Nelson Eizirik, comentando a Lei das S/A, esclarece que há um tratamento específico para os processos de transformação, incorporação, fusão ou cisão, seja entre companhia controladora e controlada ou companhia que esteja sob controle comum. As razões podem ser de ordem estratégica para reduzir custos ou abocanhar mercados, e de natureza tributária. "Embora a Lei das S.A. regule cada uma das operações, separadamente, nada impede que as empresas envolvidas legitimamente realizem combinações de negócios com vistas a alcançar os resultados desejados, inclusive utilizando outros instrumento legais. Podem, por exemplo, combinar uma aquisição de controle seguida de incorporação da controlada, ou realizar uma incorporação em que parte do pagamento das ações é feito com dinheiro e parte mediante troca de ações, ou uma incorporação seguida de cisão de uma das companhias; cumpridas as normas da Lei das S.A., as sociedades são livres para utilizarem os instrumentos legais como desejarem. Assim, numa reorganização societária é possível produzir diversos atos que a integrem, ligados por um nexo de continuidade, sucedendo-se um ao outro, tendo em vista a viabilização do escopo final da operação. Nesse caso, as diversas etapas da operação não podem ser vistas de forma isolada, como se cada uma constituísse um ato societário autônomo e independente, sem qualquer relação com os demais. Cada parte da operação é reciprocamente dependente das demais, visto que nenhuma delas existiria isoladamente" (A Lei das S/A Comentada; Volume 4, p. 93/94; 2ª edição; Quartier Latin; 2015).

"As operações de incorporação, fusão ou cisão importam sempre na versão do patrimônio de uma sociedade para outra ou outras. Intenta-se, com essas operações, concentrar empresas para que se fortifiquem, razão por que, em regra, os próprios governos são interessados na realização das mesmas, às vezes oferecendo vantagens especiais às sociedades que reúnem os seus patrimônios", nas palavras de Fran Martins. "A característica da incorporação é, assim, a extinção das sociedades incorporadas, sendo as incorporadoras sucessoras das mesmas em relação aos seus direitos e obrigações. Há, desse modo, a absorção do patrimônio da sociedade, com a extinção desta, passando os sócios da incorporadora a ser sócios da incorporadora". (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, volume III, p. 125 e 139; Forense; 1985).

2.1.3.6 Etapa 6

Operacionalizada a incorporação, a GPAR foi extinta, conforme previsto no art. 227, §3º, da Lei nº 6.404/76.

A incorporadora Gerdau Açominas, por sua vez, passou a amortizar o ágio que estava registrado na GPAR.

2.1.3.7 Etapa 7

Na sequência da extinção da GPAR, em julho de 2005, houve a cisão parcial da incorporadora Gerdau Açominas.

Ocorreu a divisão parcial capital da Gerdau Açominas para quatro sociedades: a) para a embargante, Gerdau Aços Especiais; b) Gerdau Aços Longos; c) Gerdau Comercial de Aços e; d) Gerdau América do Sul.

O acervo líquido da Gerdau Açominas estava avaliado pelo valor contábil em 30 de junho de 2005 e correspondia a R$6.958.715.521,19. Houve a cisão de R$3.730.071.611,09, sendo que deste valor a embargante Gerdau Aços Especiais incorporou o equivalente ao valor contábil de R$379.203.931,09. O valor de R$2.207.849.217,93 foi incorporado pela Gerdau Aços Longos. A Gerdau Comercial de Ações incorporou R$517.835.604,32 e a Gerdau América do Sul incorporou o saldo de R$625.182.857,75

A embargante Gerdau Aços Especiais S/A foi constituída em 15 de abril de 2005, com capital social de R$1.000,00, subscrito por Gerdau Açominas (R$990,00) e Grupo Gerdau Empreendimentos Ltda (R$10,00)(ev1-OUT8, p. 57). Em decorrência da cisão da Gerdau Açominas, houve o aumento do capital social da embargante, sendo emitidas ações para os acionistas da Gerdau Açominas.

Houve a cisão parcial e operação seguida de incorporação da Gerdau Açominas pela Gerdau Aços Especiais. Nesta operação, o saldo do ágio da Gerdau Açominas quando esta incorporou a GPAR foi transferido para a Gerdau Aços Especiais.

Deve ser esclarecido que o ágio (R$9.218.364.570,06) – originado na primeira operação e contabilizado na GPAR - já havia sido parcialmente amortizado pela Gerdau Açominas. Assim, ao incorporar a Gerdau Açominas, a embargante Gerdau Aços Especiais passou a amortizar o saldo do ágio ainda existente.

A operação é explicitada no relatório fiscal:

> "...Para fins desta ação fiscal interessa identificarmos as rubricas relativas à transferência do ágio, posteriormente utilizado pela Gerdau Aços Especiais.
>
> Conforme o Laudo (fl. 206), a Gerdau Aços Especiais recebeu o valor de R$ 550.488.805,22 referente à "perda de capital diferida" (que representaria parcela do ágio herdado pela Gerdau Açominas quando incorporou a Gerdau Participações) e R$ 363.322.611,45 referente à "provisão p/ manutenção da integridade contábil IN CVM 349" (que representa parcela da provisão efetuada na Gerdau Participações, por ocasião da incorporação desta pela Gerdau Açominas). A diferença entre a perda e a provisão foi registrada na Gerdau Comercial de Ações como "Reserva de ágio IN CVM 349" (R$187.166.193,77).
>
> Na contabilidade da Gerdau Aços Especiais (fl. 1121 e 1122) observa-se que os valores registrados sofreram um ajuste, pois na realidade os saldos transferidos que passaram a ser amortizados foram, respectivamente, R$545.823.645,85 (conta 18140 - "Diferido - Perda por Incorp. Gerdau Paticipaç") e R$ 360.243.606,27 (conta 180145 – "Diferido – Prov. Ajuste Perda p/ Incorporação). Isso provavelmente porque o Laudo tem por base os valores de 30/06/2005, mas a parcela de amortização de julho/2005 foi registrada ainda integralmente na Gerdau Açominas.
>
> A partir de agosto/2005 a Gerdau Aços Especiais passou a amortizar a perda num prazo de 117 meses, pois já havia ocorrido a amortização de três meses na cindida.

> Nos meses de agosto e setembro de 2005 foram utilizadas as duas contas já referidas (180140 e 180145) e a diferença entre a amortização da perda e a reversão da provisão foi lançada na conta de despesa 485060 ("Desp. Não Oper. - Amortização de Diferido"). A partir de outubro de 2005 passaram a ser utilizadas duas contas retificadoras (cta. 185140 "(-) Amortização – Ágio s/ Perda por Incorp. GP" e cta. 185145 "(-) Amortizações – Prov. Ajuste Perda p/Incorp.") e a contrapartida, tanto da amortização quanto da reversão da provisão, se deu na conta 485060 (fls. 61 a 63 e 73 a 96).
>
> Isso acarretou uma despesa não operacional mensal de amortização de R$4.665.158,11 e uma receita mensal de reversão da provisão de R$3.079.006,00. De forma concomitante, a fiscalizada passou a excluir da apuração do lucro real o valor da reversão da provisão (R$3.079.006,00), que estava controlado na parte N do Lalur (fls. 382 a 567).
>
> O efeito total foi uma redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de aproximadamente R$4.665.158,00 por mês" (ev1-OUT13, p. 12)"

Em decorrência disto, foi apurado o crédito tributário executado no valor total de R$182.437.061,36, incluindo a reversão dos prejuízos e a compensação indevida das bases negativas de IRPJ/CSL que tinham sido apuradas (ev1-OUT13, p. 28).

2.1.4 Tratamento tributário do ágio

Na época em que realizadas todas as operações de reorganização societária, o art. 248 da Lei nº 6.404/76 dispunha que a avaliação do investimento em sociedades coligadas e controladas deveria ser efetuado pelo valor do patrimônio líquido, observadas as regras dos incisos I a III.

O art. 264 da Lei nº 6.404/76, ao tratar da incorporação de companhia controlada, explicita que o valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada devem ser avaliados segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela CVM.

Para efeitos do imposto de renda, o art. 21 do DL nº 1.598/77 repetia que a avaliação do investimento pelo valor do patrimônio líquido da coligada ou controlada deveria ser efetuada de acordo com o art. 248 da Lei nº 6.404/76, enquanto o seu art. 20 disciplinava o ágio ou deságio:

> "Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; 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 número I.
>
> § 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
>
> § 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
>
> a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
>
> c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras *a* e *b* do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração".

Nos termos da lei então vigente, o ágio consistia na diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido. Em outras palavras, a diferença positiva entre o valor pago por uma participação societária e o seu valor contábil registrado na investida. Como regra, o motivo pelo qual a investidora se dispõe a pagar a mais do que aquele registrado contabilmente no patrimônio líquido da investida é de natureza econômica, fundado em expectativa de ganho futuro. Em outras palavras, se paga a mais, acreditando que vai ganhar mais.

O fundamento econômico do ágio deveria estar baseado ou justificado em alguma das alternativas previstas no §2º do art. 20 do DL nº 1.598/77:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade. Ou seja, vale mais do que o seu valor que está contabilizado;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. O negócio possui uma expectativa de rentabilidade maior nos próximos exercícios. Investe-se no presente com os olhos nos prováveis ganhos futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Os bens ou serviços imateriais, que não possuem substância física, mas estão sob o controle do seu titular e podem ser objeto de negociação, como o nome empresarial, a marca ou patentes de produtos, o desenvolvimento de software, streaming e serviços em nuvem, assim como os resultados da denominada economia digital, muitas vezes representam valores de ativos muito maiores do que os bens móveis ou imóveis contabilizados.

Em suma, deveria ser justificada a razão pela qual o investimento tinha sido adquirido por valor superior ao do patrimônio líquido.

A Instrução CVM nº 01 de 27 de abril de 1978, dispunha acerca dos procedimentos para a contabilização e elaboração das demonstrações financeiras, pelas companhias abertas, relativos aos ajustes decorrentes de avaliação de investimento em sociedades coligadas e controladas, o qual deveria ser efetuado pelo método da equivalência patrimonial. Acerca do desdobramento do custo de aquisição de investimento dispunha:

> "XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em subcontas separadas:
>
> a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI
>
> b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.
>
> XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:
>
> a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;
>
> b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros; c) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.
>
> XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.
>
> XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.
>
> XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização".

A vantagem tributária para o ágio foi regulada pela MP nº 1.602/97, convertida na Lei nº 9.532/97 (art. 7º).

A legislação tributária passou a permitir a amortização do valor do ágio na apuração do lucro real, nos cinco anos calendários subsequentes às operações, à razão de 1/60 para cada mês.

Na exposição de motivos da MP nº 1.602/97, publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, p. 18021, o Presidente da República disse que a medida criava mecanismos para estimular a atividade produtora e viabilizar operações entre empresas nacionais e do exterior. Quanto ao art. 8º da MP nº 1.602/97, e que corresponde ao art. 7º da Lei n º 9.532/97, disse que estava sendo estabelecido 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, acrescentando:

> "Atualmente, pela inexistência regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm 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".

Assim, o ágio gerado nas situações específicas em que uma pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, passou a ser regulado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97:

> "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**: **(Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)**
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a **alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977**, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a **alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977**, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a **alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977**, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; **(Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)**

IV -...

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

...

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

Como o "caput" do art. 20 do DL nº 1.598/77 utilizava a expressão "aquisição da participação" e do desdobramento do "custo de aquisição", a administração tributária concluiu que as operações de reorganização societária realizadas entre partes relacionadas não produziram resultado econômico de "aquisição de participação", razão por que não poderiam gerar o "ágio interno".

Convém salientar que não está em causa a cláusula antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN. A autoridade fiscal não identificou nenhuma fraude ou simulação ou qualquer outra deformidade que pudesse colocar em dúvida a legitimidade dos diversos atos jurídicos praticados na reorganização do GRUPO GERDAU e muito menos suspeitou ou não acreditou nos critérios de avaliação patrimonial ou nas justificações apresentadas pelas sociedades e que são exigidas pela Lei das Sociedades Anônimas. Conclui-se, portanto, que absolutamente todos os atos societários, quaisquer que tenham sido a sua natureza jurídica, foram praticados em conformidade com a lei e por esta devem ser regidos.

Note-se também que não existiam lacunas na legislação tributária, cujas fendas pudessem ter sido espertamente exploradas pelo contribuinte. Muito pelo contrário, havia um preceito legal especial para regular o ágio nas incorporações e cisões, não existindo a menor menção à necessidade de substância econômica ou que as operações estariam vedadas entre partes relacionadas. O que ocorreu foi uma interpretação fiscal da legislação tributária, tomando por base a substância econômica dos atos praticados, fundando-se em conceitos contábeis. Como dito, a partir da caracterização do conjunto das operações de um mesmo grupo econômico com um resultado final destituído de substância econômica, uma vez que não teria havido ônus ou desembolso de recursos, a fiscalização não admitiu a existência do ágio interno, glosando o seu aproveitamento tributário pelo contribuinte. Isto fica claro no relatório fiscal (ev1-OUT13, p. 22:

" A partir daí surgiu um novo desenho de reestruturação societária, absolutamente artificial, com a geração de ágio interno dentro de um grupo de sociedades sob controle comum (sem qualquer desembolso real), e o aproveitamento antecipado desse ágio mediante incorporação reversa. Essa tentativa de planejamento tributário combinaria a possibilidade de amortizar o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura proveniente de sociedade incorporada, de acordo com o art. 7º, III, da Lei 9.532/97, com o diferimento do ganho de capital previsto no art. 36 da Lei 10.637/02:

...

O referido artigo foi revogado pela Lei 11.196/05, mas foi no seu período de vigência que ocorreram as operações de reorganização societária no Grupo Gerdau descritas nesse relatório, através das quais foi gerado um ágio interno sem qualquer suporte econômico, cujos efeitos fiscais não podem prosperar, conforme demonstrado no item seguinte.

...

Para a caracterização do ágio é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros. A operação surge da vontade das partes independentes, que, no interesse comum, estabelecem um preço que reflita o valor real do investimento, baseado em fundamentos econômicos que demonstrem não estar plenamente representado na contabilidade o seu valor justo.

...

Na geração do ágio amortizado pela fiscalizada não há partes independentes, mas somente pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, sob controle comum. A operação não redundou em ingresso de novos recursos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro. No acervo líquido vertido da Gerdau Participações S/A para a Gerdau Açominas S/A, a parcela de R$3.134.243.953,83 representa um ativo fiscal surgido da expectativa de amortização de um ágio pelo qual nada se pagou.

...

O ágio interno tem origem em uma construção contábil, que decorreu da interposição da Gerdau Participações S/A como intermediária entre a Gerdau Açominas e sua controladora Gerdau S/A, sem que se alterasse de fato o verdadeiro controlador. Não houve alienação ou aquisição do controle da Açominas, que sempre foi controlada direta ou indiretamente pela Gerdau S/A.

...

Não se discute aqui, por ser irrelevante na fundamentação da autuação, o propósito negocial da operação como um todo, que culminou da cisão da Gerdau Açominas e na consequente individualização por segmento de atuação dentro do Grupo Gerdau.

A irregularidade é a utilização de um artifício contábil sem suporte econômico (registro de ágio interno), na tentativa de aplicar o tratamento previsto na legislação para o verdadeiro ágio.

Além disso, embora não se conteste a motivação final do processo de reestruturação, é evidente que a etapa intermediária de interposição da Gerdau Participações S/A, sociedade empresária praticamente inoperante há muitos anos e temporariamente reativada como *holding* de efêmera duração (quatro meses), objetivou unicamente buscar o benefício fiscal previsto no art. 7º da Lei 9.532/97".

António Fernandes de Oliveira, estudando a lei portuguesa sobre o planejamento tributário, faz um apanhado das cinco doutrinas antiabuso de criação judicial nos EUA: a) "sham transaction doctrine"; b) "substance-over-form doctrine"; c) "step transaction doctrine"; d) "business purpose doctrine"; e) "economic substance doctrine". Depois de esclarecer o sentido de cada uma, e das relações entre as mesmas, traz as consequências da aplicação da "economic substance doctrine", que são exatamente aquelas que ocorreram no caso concreto:

"A consequência consistirá sempre, em termo práticos ou últimos, na denegação da vantagem fiscal resultante da adopção e execução da, ou das, transacções sem substância económica.

Isso implicará ignorar-se, para efeitos fiscais, essa transacção ou transacções desprovidas de substância económica. Por que a trsansacção é desprovida de substância económica, não é tida em conta para efeitos de determinação da posição fiscal do contribuinte em causa" (A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-abuso e os Conflitos de Interesse; Coimbra Editora, 2009, p. 121).

A doutrina da substância econômica não é uma regra jurídica em conflito com outra regra, mas sim um critério de interpretação da lei. Como tal, a autoridade administrativa não está autorizada a distorcer a expressa previsão legal da apropriação e amortização do ágio e, a pretexto de interpretar a legislação tributária, acabar criando regra jurídica para submeter à sua hipótese as reorganizações societárias efetuadas entre partes dependentes porque estariam destituídas de consistência econômica. A interpretação deve ser balizada pelos comandos da lei. A letra da lei, diz António Fernandes de Oliveira, é que é o referencial objetivo mínimo para a interpretação. "Com efeito, sem este referencial objectivo mínimo delimitador da interpretação, a lei transforma-se naquilo que o administrador da norma (aplicador ao caso concreto) quiser e bem entender". E isso é, evidentemente, inaceitável" (op. cit. p. 140).

A interpretação fundada na substância econômica das operações de reorganização societária não autoriza que a autoridade administrativa transforme atos jurídicos perfeitos em imperfeitos sob a ótica exclusivamente tributária com o escopo de encaixá-los em uma tributação mais favorável aos interesses fazendários, violando a autonomia da vontade, a liberdade econômica, a proteção da confiança, a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

Ricardo Mariz de Oliveira, discorrendo acerca dos ágios e deságios após a incorporação, fusão ou cisão, ensina que "o essencial, portanto, para que haja a possibilidade de dedução fiscal da amortização dos ágios é haver a incorporação da sociedade investida por sua investidora, ou vice-versa, ou haver cisão de uma delas com absorção pela outra, ou ainda elas se unirem numa terceira pessoa jurídica através de fusão", dizendo ainda:

"Outra observação importante é que a lei não limita o ato ou negócio jurídico pelo qual a aquisição tenha ocorrido, podendo ele ter sido uma compra e venda, uma permuta, uma dação em pagamento, uma conferência de bem para integralização de capital, ou qualquer outro. Consequentemente, também é irrelevante a contraprestação da aquisição, até porque, em qualquer caso, haverá um custo, e neste pode estar o ágio ou deságio.

Esta irrelevância do meio jurídico pelo qual ocorra a aquisição do investimento ou o seu pagamento vem desde o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, no qual a aquisição surge não como parte do antecedente, e, sim, como parte do consequente, ademais para fixar o elemento temporal para a aplicação da norma.

Realmente, o art. 20 tem como antecedente da norma o fato de o investimento ser avaliado por equivalência, e tem como conseqüente a obrigação de desdobramento do custo, dizendo que 'deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição'. Vê-se que a disposição propriamente dita é a de desdobramento do custo de aquisição, e o momento para fazê-lo é o da ocasião da aquisição, pouco importando como esta se tenha dado.

E, para a norma dos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, ocorre a mesma irrelevância, pois as circunstâncias fáticas que compõem a hipótese de incidência da norma do art. 7º (o antecedente da norma) não qualificam o modo de aquisição do investimento, eis que estão descritas nos seguintes termos: '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'.

Ademais, o art. 8º, letra 'a', estende a mesma norma à situação em que não tenha havido a obrigação de avaliar o investimento por equivalência, sendo suficiente que, na aquisição, tenha havido ágio ou deságio.

Portanto, a lei se refere a ágio ou deságio em qualquer tipo de aquisição e, no caso de ágio, tenha este sido pago à própria pessoa jurídica (no caso de subscrição de capital), tenha sido pago a terceiras pessoas anteriormente detentoras da participação societária (no caso de aquisição perante estas)" (FUNDAMENTOS DO IMPOSTO DE RENDA; p. 765/766; Quartier Latin; 2008).

Por isto, também não procede o argumento fiscal de que as operações foram realizadas entre sociedades do mesmo grupo econômico e que, por estarem destituídas de significado econômico, uma vez que "não houve o pagamento ou qualquer transferência de recursos relativa ao ágio que aproveitou...para a caracterização do ágio é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros...a operação não redundou em ingresso de novos recursos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro" (ev1-OUT13), o ágio seria indedutível.

Como visto, no segundo aumento do capital social da GPAR, além da participação da Gerdau S/A, houve a subscrição e integralização de 325.062.172 ações ordinárias nominativas pelo valor de mais de meio bilhão de reais pelo Banco Itaú BBA S/A.

O art. 7º da Lei nº 6.404/76 dispõe que o "capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer outra espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro". Logo, o capital de terceiro representou contribuição em dinheiro e a subscrição e integralização do aumento do capital social por ações por um dos acionistas também é suscetível de avaliação em dinheiro, ambos representando dispêndios dotados de expressivo conteúdo econômico.

Por outro lado, quanto à restrição ao denominado "ágio interno", a Lei nº 12.973/14 é que impôs a proibição da amortização do ágio entre partes dependentes, dispondo nos artigos 20 e 25:

> Art. 20. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data da aquisição da participação societária, referente à mais-valia de que trata o **inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977** , decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão. **(Vigência)**
>
> § 1º Se o bem ou direito que deu causa ao valor de que trata o caput não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta poderá, para efeitos de apuração do lucro real, deduzir a referida importância em quotas fixas mensais e no prazo mínimo de 5 (cinco) anos contados da data do evento.
>
> § 2º A dedutibilidade da despesa de depreciação, amortização ou exaustão está condicionada ao cumprimento da condição estabelecida no **inciso III do caput do art. 13 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995** .
>
> § 3º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:
>
> I - o laudo a que se refere o **§ 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977,** não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado; ou
>
> II - os valores que compõem o saldo da mais-valia não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.
>
> § 4º O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.
>
> § 5º A vedação prevista no inciso I do § 3º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.
>
> Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: **(Vigência)**
>
> I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;
>
> II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;
>
> III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;
>
> IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou
>
> V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.
>
> Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Até a vigência da Lei nº 12.973/14 não havia proibição legal que fosse gerado ágio entre partes relacionadas. E a forma legal específica de sua amortização era a do art. 7º, da Lei nº 9.532/97. Havia a definição precisa da regra aplicável. É claro que a Lei nº 12.973/14 não poderia ser considerada como interpretativa, a produzir efeitos para o passado, pela simples razão de que a legislação anterior nada dispunha acerca do ágio entre partes relacionadas. Portanto, nada havia para ser interpretado.

Assim, se o contribuinte seguiu rigorosamente o que dispunha a lei vigente, não se utilizando de práticas proibidas pela legislação tributária e societária, carece de fundamento legal a pretensão da administração de conferir ao ágio tratamento tributário diverso daquele previsto na lei, fundada na prevalência da substância econômica subjacente às operações de reorganização societária.

Também sem razão a União quanto ao argumento de que os contratos que envolveram as operações societárias violaram os artigos 421 ("A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato") e 422 ("Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé") do Código Civil.

As sociedades anônimas são pessoas jurídicas de direito privado, de natureza mercantil e que se regem pelas leis e usos do comércio, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei nº 6.404/76. As sociedades anônimas são regidas por lei especial, aplicando-se, apenas nos casos omissos, as disposições do Código Civil, conforme preceitua o seu art. 1.089.

As operações de incorporação e cisão das sociedades anônimas obedecem ao procedimento legal específico previsto na Lei das S/A, sendo que, nas palavras de Modesto Carvalhosa, a "efetivação da vontade dos sócios é a sua manifestação em alteração de estatuto ou contrato social, ou, ainda, em Assembleia-Geral, no sentido de aprovar a fusão, a incorporação ou a cisão da sociedade, concomitantemente à avaliação dos ativos envolvidos no respectivo negócio jurídico....A propósito, embora a Lei Societária regule cada uma das três operações de forma

autônoma e independente, ela não veda que tais negócios sejam licitamente combinados, de modo a alcançar os resultados almejados pelas empresas, podendo-se não apenas combinar as operações de reorganização entre si, mas também com outros instrumentos legais. É sabido que prevalece no Direito Societário a autonomia das partes e a liberdade de contratar, desde que observadas as vedações legais. Assim, as partes envolvidas estão livres para estabelecer as bases do negócio de reestruturação. Por óbvio, a Lei Societária e a regulação pela CVM preveem regras para a proteção dos acionistas minoritários e dos investidores nas operações entre a controladora e a controlada ou, em geral, entre as sociedades sob controle comum, as chamadas partes relacionadas" (op. cit.; p. 958/959).

Portanto, basta que as condições da incorporação e da cisão com incorporação em sociedade existente conste em protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, acompanhadas da justificação a ser submetida à deliberação da assembleia-geral das companhias, expondo-se "os motivos, ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização", conforme previsto nos artigos 224 e 225 da Lei nº 6.404/76, observando-se ainda os demais requisitos de natureza formal ali previstos.

No caso, todas as operações de reorganização foram efetuadas em conformidade com a lei, não havendo causa jurídica suficiente para desprezar os efeitos dos negócios porque o contribuinte acabou obtendo benefício de natureza tributária previsto em lei.

A adoção de regras contábeis não pode se sobrepor às regras jurídicas que disciplinavam o ágio gerado na reorganização societária sem qualquer distinção em relação a empresas do mesmo grupo econômico. A administração tributária não pode encobrir com as normas contábeis as normas jurídicas que não proibiam o ágio nas operações da reorganização societária do mesmo grupo, a fim de delas extrair uma interpretação favorável ao Fisco. A propósito, se dúvida houvesse – mas não há - entre duas soluções interpretativas acerca do ágio interno, porque razão deveria prevalecer a que beneficia a Fazenda Pública? A tutela constitucional do direito de propriedade, os negócios jurídicos fundados no princípio da liberdade de contratar e na autonomia da vontade, respaldados pela lei das sociedades anônimas e pela lei tributária, devem prevalecer à solução interpretativa que cause menor restrição patrimonial ao contribuinte.

As normas contábeis ou dos órgãos administrativos acerca das restrições ao "ágio interno", como a Orientação Técnica OCPC 2/2008 e os Pronunciamentos 4 e 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, assim como do Ofício Circular CVM 1/2007, não podem ser consideradas de natureza interpretativa, a fim de apanharem os fatos anteriores às respectivas publicações, mesmo porque o seu fundamento jurídico está na Lei nº 11.638/07, complementada pela Lei nº 11.941/09, e sobretudo na Lei nº 12.973/14. Apenas é possível interpretar preceito legal já existente e quando pairem dúvidas acerca do seu significado. No caso dos autos, como já dito, não havia lei a ser interpretada porque a amortização do ágio em decorrência das operações de incorporação e cisão era regulado de forma clara pelo art. 7º, III e 8º, "b", da Lei nº 9.532/97. A interpretação fiscal é que criou uma restrição não prevista em lei.

Os critérios legais e regulamentares sobre os ajustes contábeis mereceram especial atenção de Ricardo Mariz de Oliveira na sua obra "Fundamentos do Imposto de Renda". O renomado autor explica a função da contabilidade e as exigências legais, assim como as normas contábeis "baixadas por órgãos fiscalizadores de determinadas atividades ou setores, começando por dizer que elas não interferem com a apuração do lucro real sujeito ao IRPJ ou com a base de cálculo da CSL:...Interessante notar que, neste entrechoque de possíveis critérios contábeis diversos, pode ocorrer de existir interesse público nos dois lados da contrariedade, como o existente entre as normas da lei societária, voltadas para o interesse público acima descrito, e as normas do direito tributário, voltadas para o interesse igualmente público da arrecadação tributária. Mesmo neste caso, a solução não fica ao sabor de opiniões ou atitudes pessoais ou setoriais, mas, sim, deriva de norma jurídica impositiva, que é exatamente a norma da Lei nº 6404, acima referida, a qual encontra ressonância na lei tributária através do já mencionado art. 8º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.598. Do conjunto desses dois dispositivos de leis diversas, embora ambos refletindo idêntica norma jurídica, emerge cristalina a prevalência da norma jurídica, assim como emerge, com idêntica nitidez, a prevalência de um ou de outro regime ou critério contábil, conforme o objetivo da lei". (op. cit.; p 1.030/1.031).

Mais adiante, o mesmo autor discorre sobre a competência para os órgãos reguladores expedirem normas específicas de contabilidade e ressalta que tais normas "têm natureza jurídica de atos normativos infralegais especiais, com suas motivações e finalidades próprias, sendo destinadas a específicos setores de atividade, de forma alguma tendo preferência sobre a regra geral de natureza legal a que se submetem todas as pessoas jurídicas, prevista no art. 177, nem têm qualquer poder ou autoridade para alterar a natureza das coisas e as normas legais que disciplinam a apuração patrimonial e suas mutações em cada situação particular" (op. cit.; p. 1.038).

Fran Martins esclarece que "os critérios para elaboração de demonstrações contábeis ou demonstrações financeiras divergem dos critérios puramente contábeis...Na verdade, é imprópria a denominação apuração do lucro real utilizada pelo diploma legal, sob qualquer aspecto que seja examinado. Com efeito, o lucro fiscalmente considerado para efeito de exigência do imposto de renda jamais corresponde ao que se possa identificar por lucro real. Seria mais próprio, porque verdadeiro, dizer-se 'lucro tributável' pois que no livro em questão ter-se-á, exatamente, os registros necessários para a determinação do resultado do exercício que será objeto da tributação... As parcelas que se apuram como tributáveis pela legislação do imposto de renda não são, na verdade, 'reais' como valores líquidos resultantes da exploração empresarial. Constituem valores apurados segundo critérios fiscais que, pela orientação legislativa adotada, identificam a capacidade contributiva ou a medida em que se deve exigir o tributo do empresário" (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; p. 715/716; 4ª edição; Forense; 2010).

A necessidade de a escrituração contábil seguir um certo padrão regulamentar não autoriza concluir que necessariamente produzirá efeitos tributários, seja para exigir tributos, aumentá-los ou reduzi-los, mediante inclusões ou deduções da base material de incidência tributária de ajustes de interesse contábil que são exigidos por órgãos administrativos de regulação e fiscalização de determinadas atividades econômicas.

Não se ignora que existe uma simbiose entre as normas contábeis e as tributárias, mas cada ordenamento segue princípios, finalidades e resultados próprios. Os eventuais pontos de contato e interação entre estes ordenamentos para produzir um resultado almejado no Direito Tributário deve ser objeto de expressa previsão legal. O princípio da legalidade, que se traduz em cláusula pétrea de proteção ao direito de propriedade, também serve como poderoso instrumento para obstar que os preceitos contábeis regulamentares ingressem no ordenamento tributário para conferir ao ágio interno um tratamento contábil que restringe ou limita o seu benéfico aproveitamento tributário previsto na lei. As deduções e exclusões da base coletável de determinados dispêndios não são aqueles assim considerados pela contabilidade, mas sim pela lei. As normas tributárias são de primeira classe e não perdem a sua identidade e seus efeitos próprios diante dos preceitos contábeis.

Estas relações entre o direito fiscal e o comercial, em que se situam as normas contábeis, não passaram despercebidas de Casalta Nabais. O autor menciona a dependência parcial do direito fiscal frente ao contábil e trata do papel ativo do direito fiscal frente ao privado, mencionando as regras de contabilidade e escrituração, inclusive as disciplinadas pelo Banco de Portugal em relação ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, assim como da observância obrigatória das normas internacionais de contabilidade,

incorporadas ao ordenamento português por exigência do direito comunitário, e diz: "Temos assim um ramo de direito comercial - o direito contabilístico - que tem uma grande importância para o direito fiscal, mais especificamente para o direito fiscal das empresas, já que o lucro tributável destas é determinado segundo um modelo de dependência parcial do direito fiscal face ao direito contabilístico e, por via deste, face à ciência da contabilidade" (Direito Fiscal, p. 108; Almedina; 2015).

O Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Segurança nº 1015, tratando de discussão que envolvia a provisão para devedores duvidosos em matéria de imposto de renda, disse haver prevalência dos critérios da lei tributária sobre as normas administrativas do Conselho Monetário Nacional, constando no acórdão:

> "Definir a base de cálculo dos tributos é matéria reservada à lei, sem sujeição a regras de hierarquia administrativa, que assim - vale insistir - parece não possam ser invocadas para restringir o campo de incidência do imposto demarcado pelo legislador. Se daí decorre ou não a ilegalidade das normas administrativas, que tolhem a disponibilidade da parcela dos lucros paralisada pela provisão compulsória, é questão que não está em causa e cuja solução, de qualquer sorte, ao primeiro exame, não pode ter reflexos tributários".

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar inconstitucional a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas decorrentes da transferência de créditos de ICMS, originados das exportações, examinou o conceito de receita adotado pelo legislador constitucional (art. 195, I, "b", da CF) e o de natureza contábil, dizendo que "ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário" (STF - RE 606.107).

Diante deste contexto, resta concluir que a pessoa jurídica, antes da vigência da Lei nº 12.973/14, que absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, baseado em rentabilidade futura, ainda que o aumento do capital social que deu origem ao ágio tenha sido integralizado com ações de sociedade integrante do mesmo grupo econômico, juntamente com capital de terceiros, poderá amortizá-lo na forma prevista no art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97.

Logo, deve ser mantida a r. sentença que anulou os créditos tributários de IRPJ/CSL, decorrentes da glosa do ágio utilizado pela Gerdau Aços Especiais, negando-se provimento à apelação da União.

2.2 Apelação da Gerdau Aços Especiais

2.2.1 Honorários advocatícios

A r. sentença condenou a União no pagamento de honorários advocatícios de 1% sobre o valor da causa, fundada no art. 85, §3º, V, do CPC.

O valor da causa é de R$363.278.100,96.

A apelante pretende que seja observado o escalonamento previsto no §5º do art. 85 do CPC.

Ora, como a condenação contra a Fazenda Pública foi superior ao valor previsto no inciso I do §3º do art. 85 do CPC (200 salários mínimos), a fixação dos honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente (§5º do art. 85 do CPC).

Logo, a apelação há de ser provida, a fim de que os honorários sejam fixados nos percentuais mínimos dos incisos I a V do §3º do art. 85 do CPC, observando-se o escalonamento previsto no seu §5º (10%, 8%, 5%, 3% e 1%, respeitadas as respectivas faixas).

O valor final dos honorários deverá ser atualizado pelo IPCA a partir do ajuizamento da ação e majorados em 10% por força do disposto no §11 do art. 85 do CPC.

2.2.2 Ressarcimento das despesas

O art. 82, “caput”, do CPC, dispõe que incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

A sentença deve condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou, conforme estabelece o §2º do art. 82 do CPC.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 39 da Lei nº 6.830/80 impõe à Fazenda Pública, quando vencida, ressarcir o valor das despesas feitas pela parte contrária.

O ressarcimento das despesas suportadas pela parte contrária, como efeito da sucumbência, abrange as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha (art. 84 do CPC). Ou seja, as despesas internas, inerentes aos atos processuais.

No caso, ao promover a execução fiscal, a credora requereu que a penhora recaísse sobre o seguro-garantia oferecido em caução no Processo nº 5016440-81.2017.404.7100, o que foi deferido pelo juiz, com fundamento no art. 53 da Lei nº 8.212/91.

As despesas da parte com o seguro-garantia utilizado para garantir a execução fiscal, a fim de opor os embargos, não estão compreendidas no âmbito das meras despesas processuais passíveis de reembolso.

O seu ressarcimento, a título de reparação dos danos, com base no art. 776 do CPC (“O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução”), depende de ação própria, não podendo ser acolhido em sede de embargos à execução fiscal.

3. Prequestionamento

Em arremate, consigno que o enfrentamento das questões suscitadas em grau recursal, assim como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias Superiores os dispositivos que as fundamentam. Assim, considero prequestionados os seguintes artigos: 20 e 21 do Decreto-Lei nº 1.598/77, 7º, III e 8º, da Lei nº 9.532/97, 82, "caput" e §2º, 85, §5º, 85, §11, 776, do CPC; 39 da Lei nº 6.830/80; 421 e 422 do Código Civil; 36 da Lei nº 10.637/02; 2º, §1º, 224, 225, 227, §3º da Lei nº 6.404/76.

Desse modo, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração para esse exclusivo fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC).

4. Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à remessa necessária, dar parcial provimento à apelação da parte autora e negar provimento à apelação da União.

Documento eletrônico assinado por **ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador **40002099212v79** e do código CRC **25f278c6**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA
Data e Hora: 30/9/2020, às 12:25:58
