



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10600.720012/2020-09
ACÓRDÃO	1402-007.234 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	18 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2015, 2016

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. BASE LEGAL. INEXISTÊNCIA.

Não há nulidade do Auto de Infração, se este documento motiva o lançamento por infração de despesa indedutível de ágio, ao contrário da alegação do contribuinte da inexistência da motivação.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte, nos termos do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF). Descabe a alegação de nulidade quando não existirem no processo atos insanáveis, ainda mais quando comprovado que a autoridade lançadora observou, durante os trabalhos de auditoria, os procedimentos previstos na legislação tributária.

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Pode a fiscalização verificar documentos e analisar fatos ocorridos há mais de cinco anos para deles extrair a repercussão tributária de exercícios futuros. Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva amortização pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco. Inteligência da Súmula CARF nº116.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-

la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 - não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

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. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CSLL. INDEDUTIBILIDADE.

Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da CSLL as normas da legislação vigentes para o IRPJ.

CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ, assim a decisão de mérito que manteve a cobrança de IRPJ em virtude da glosa do ágio deve ser aplicada também para a CSLL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, manter a incidência dos juros sobre a multa de ofício. Inteligência da Sumula CARF nº 108; ii) por voto de qualidade, na forma do artigo 1º, da Lei nº 14.689, de 20/09/2023 e artigo 25, § 9º, do PAF (Decreto nº 70.235 de 1972), negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos,

vencidos os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Ricardo Piza Di Giovanni e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte em que vencido o Relator, o Conselheiro Alexandre labrudi Catunda.

(documento assinado digitalmente)

Alessandro Bruno Macêdo Pinto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre labrudi Catunda - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alessandro Bruno Macêdo Pinto, Alexandre labrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face v. acórdão proferido pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil no Distrito Federal (DRJ01) que decidiu manter os Autos de Infração, a fim de confirmar o crédito tributário lançado no valor total de R\$ 173.983.161,39, referentes a IRPJ e CSLL incidentes sobre exclusão não autorizada na apuração do lucro real, decorrente de glosa de despesa de amortização de ágio, acrescido de multa de ofício de 75%, dos anos-calendário 2015 e 2016.

2. Para evitar repetições, colaciono o relatório do v. acórdão recorrido:

[...] Trata-se de impugnação (e-fl. 419/477) apresentada por ARCELORMITTAL BRASIL S.A. ("Impugnante") em face dos autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 332/407), relativos aos anos-calendário de 2015 e 2016, lavrados na Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 6ª Região Fiscal, perfazendo os créditos tributários de R\$128.102.569,53 (IRPJ) e R\$45.880.591,86 (CSLL).

O Relatório Fiscal – TVF (e-fls. 355/407) tipificou infração tributária de exclusão não autorizada na apuração do lucro real, decorrente de glosa de despesa de amortização de ágio, com multa de ofício de 75%.

Discorre a autoridade autuante que as infrações tipificadas já foram objeto de ação fiscal realizada no mesmo contribuinte para os anos-calendário (1) de 2008, 2009 e 2010, com autos de infração lavrados no processo administrativo 10600.720.035/2013-86, cuja decisão da segunda instância

administrativa foi proferida em 19/09/2017 através do Acórdão 1201.001.871 - 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF (no qual foi mantido integralmente o lançamento efetuado), **(2) de 2011 e 2012**, com autos de infração lavrados no processo administrativo 10600.720.031/2016-41, cuja decisão da segunda instância administrativa foi proferida em 15/05/2019 através do Acórdão 1402.003.905 - 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária do CARF (no qual foi mantido integralmente o lançamento efetuado) e **(3) de 2013 e 2014**, com autos de infração lavrados no processo administrativo 10600.720073/2018-43, cuja decisão da primeira instância administrativa foi proferida em 03/06/2019 através do Acórdão 14-95.686 - 13ª Turma da DRJ/POR (no qual foi mantido integralmente o lançamento efetuado).

Nos presentes autos, constatou a autoridade fiscal que a Impugnante (estatuto social dispendo como atividade principal a exploração da indústria siderúrgica, atividades correlatas e derivadas, incluindo o comércio, importação e exportação de matérias-primas e produtos siderúrgicos, podendo ainda dedicar-se a quaisquer outras atividades industriais ou comerciais que se relacionem com o seu objeto social) fez a opção pelo lucro real anual com estimativas mensais baseadas em balanços de suspensão/redução.

Da análise da documentação apresentada pela pessoa jurídica no decorrer da ação fiscal, discorre a autoridade fiscal que *no decorrer do procedimento de fiscalização foram identificadas diversas operações de reorganização societária envolvendo uma série de incorporações com a contabilização de vultosos valores de ágio que posteriormente acabaram sendo considerados dedutíveis pela fiscalizada.*

No caso concreto, inicia a autoridade descrendo o histórico dos fatos relativos à fusão no exterior entre as pessoas jurídicas ARCELOR S/A (Luxemburgo, "ARCELOR") e Mittal Steel Company N.V. (Holanda, "MITTAL", denominada pela Fiscalização como "MSCNV"), que teve desdobramentos no Brasil. A ARCELOR e a MITTAL eram as duas maiores empresas no setor mundial de aços, detendo juntas 10% da produção mundial. A ARCELOR contava com ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era disperso em mercado. A MITTAL possuía ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era retido nas mãos da família Mittal, de origem indiana. Em junho de 2006, em Oferta de Permuta lançada pela MITTAL em favor dos acionistas da Arcelor, as duas empresas formaram a gigante "ARCELOMITTAL".

A ARCELOR BRASIL S/A ("ARCELOR BRASIL") era controlada pela ARCELOR (67% de participação societária), o qual se originou de fusão ocorrida em 2002 das companhias de aço Aceralia (Espanha), Arbed (Luxemburgo) e Usinor (França). Com a fusão, a CVM que considerou ter havido alienação indireta do controle da ARCELOR BRASIL S/A.

Em razão da Oferta de Permuta realizada na Europa, ocorreu a alienação de controle indireto da Arcelor Brasil e conforme decisão da CVM baseada na Lei das S/A (art. 254-A) e no Estatuto Social da Arcelor Brasil (arts. 8 a 10), tendo sido exigido da MITTAL a execução de uma Oferta Pública para Aquisição de Ações dos demais acionistas minoritários da ARCELOR BRASIL S/A.

A ARCELOR BRASIL constituiu-se na nova denominação social da Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira (CSBM), a partir de 21 de dezembro de 2005, sendo uma sociedade de capital aberto com suas ações listadas na BOVESPA. Em 31 de março de 2005 a CSBM efetuou uma reorganização societária, com a transferência, para a controladora Belgo Siderurgia, de seus ativos operacionais e investimentos, exceto Guilman Amorim, Belgo Mineira Participação e Belgo Mineira Engenharia. Como resultado do processo de reorganização societária do grupo Arcelor no Brasil, a ARCELOR BRASIL tornou-se a proprietária da totalidade do capital social da Companhia Siderúrgica de Tubarão e Vega do Sul. E, com a fusão ocorrida entre a ARCELOR e a MITTAL, em 2006, a ARCELOR BRASIL passou a fazer parte do maior conglomerado siderúrgico do mundo, sendo que em 31 de março de

2007 tinha a seguinte participação acionária: (a) acionistas controladores com 66,73% (ASBM S A R L, ARCELOR FRANCE, ARCELOR SPAIN HOLDING SL, ARCELOR LUXEMBOURG e SIDARFIN NV); (b) 32,74% de acionistas minoritários e (c) 0,53% de ações em tesouraria.

Dentre as operações preparatórias para a realização da OPA, em 30 de novembro de 2006, deu-se a constituição da MITTAL BR (denominada pela autoridade fiscal como MSBP), subsidiária da MITTAL, sob o propósito de atuar como uma holding do grupo MITTAL no Brasil.

Em 17 de abril de 2007, deu-se a aprovação na CVM para a realização da OPA da ARCELOR BRASIL no Brasil.

Ao mesmo tempo, em 02 de maio, define-se a estrutura da fusão dos grupos ARCELOR e MITTAL no exterior, em duas etapas: (a) incorporação da MITTAL por uma sociedade domiciliada em Luxemburgo, denominada ARCELORMITTAL, cuja execução e eficácia dependeria da aprovação dos acionistas da MITTAL e da aprovação dos órgãos competentes, por se tratar de companhia aberta; e (b) incorporação da ARCELORMITTAL pela ARCELOR.

No Brasil, em 04 de junho de 2007, a MITTAL promove o leilão da OPA para aquisição das ações da ARCELOR BRASIL, que foi efetuada com o pagamento de ágio fundamentado em laudo de avaliação preparado pela Apsis Consultoria, com base na expectativa de rentabilidade futura da ARCELOR BRASIL. A MITTAL BR, pessoa jurídica no Brasil constituída pela MITTAL, recebeu aporte de recursos da controladora (MITTAL) e outras empresas do grupo econômico (por meio de aumento de capital e empréstimos) e, na sequência, efetuou o pagamento de parte das ações com ágio, e outra parcela das ações foi adquirida diretamente pela MITTAL de forma direta, por meio de contrato de compra e venda.

Na sequência, em 20 de agosto de 2007, deu-se a incorporação da MITTAL BR pela ARCELOR BRASIL.

Em 31/08/2007 a ARCELOR BRASIL foi incorporada pela sua controlada Belgo Siderurgia S/A e teve sua denominação social alterada para ARCELORMITTAL BRASIL S.A. (“Impugnante”).

Relata a autoridade fiscal que a MITTAL BR teria sido uma empresa veículo utilizada pelo grupo mundial Arcelor-Mittal para servir como elemento de passagem para que o ágio decorrente da aquisição das ações da ARCELOR BRASIL acabasse na própria ARCELOR BRASIL, vez que MITTAL BR, de duração efêmera, acabou sendo incorporada pela ARCELOR BRASIL.

Discorreu a autoridade fiscal, sobre a MITTAL BR:

82. O papel desempenhado pela controladora Mittal Steel Company N.V. foi o de suportar o ônus decorrente da aquisição das ações via OPA através da integralização de capital da MSBP via transferência de recursos internacionais, combinado com novos aumentos de capital posteriores integralizados com ações da Arcelor Brasil S/A (estas adquiridas também via OPA), bem como através de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A (adquiridas também via OPA) realizado entre a controladora Mittal Steel Company N.V. e sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A.

83. O capital social da empresa que era de R\$500,00 passa para R\$1.000.000,00 em junho de 2007 e de acordo com a AGE de 01/06/2007 é aprovado um novo aumento do capital social.

84. Conforme item 5.1 da AGE de 31/07/2007, 1.526.308.000 ações da MSBP foram totalmente subscritas e integralizadas pela Mittal Steel Company N.V. mediante remessa de recursos do exterior através de contratos de câmbio celebrados entre junho e julho de 2007 que perfizeram a quantia de R\$1.526.308.000,00.

85. Na data da AGE de 31/07/2007, novo aumento de capital no valor de R\$3.387.231.726,24 (3.642.184.652 novas ações) foi aprovado e a Mittal Steel Company N.V. subscreveu e integralizou todo o valor mediante a entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A, anteriormente adquiridas por ela MSCNV em 04/06/2007 (via OPA).

86. Adicionalmente, na mesma data de 31/07/2007, controladora (MSCNV) e controlada (MSBP) celebram contrato de compra e venda no qual a MSCNV vende para sua controlada MSBP, 10.805.000 ações da Arcelor Brasil S/A pela quantia de R\$563.382.986,36.

87. Dessa forma, a MSBP registra as ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas de sua controladora MSCNV (seja via aumento de capital, seja pelo contrato de compra e venda) com ágio.

88. Além disso, a MSBP tomou vultosos empréstimos (mais de R\$5 bilhões) de outra empresa do grupo Arcelor-Mittal, a Arcelor Investment S.A, a título de pagamentos antecipados de exportação em total dissonância com o objeto social da MSBP. Referidos valores foram também utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A e, com a incorporação da veículo MSBP pela Arcelor Brasil S/A, a obrigação de quitação dos vultosos empréstimos utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A recaiu sobre a própria. Em suma, a Arcelor Brasil S/A ficou responsável por pagar os empréstimos utilizados na compra de suas próprias ações.

89. No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica consta a informação que a data da abertura da empresa MSBP foi 30/11/2006. E essa data não é casual, pois em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e de acordo com o artigo 254-A da Lei 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações detidas por acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A, vale dizer, já sabendo em 25 de setembro de 2006 que seria compelida a realizar uma OPA, a MSCNV tratou de providenciar a criação de uma empresa no País para que a mesma fosse o veículo do ágio dedutível almejado mediante planejamento tributário abusivo.

90. A MSBP nasce em 30/11/2006, sob as condições citadas acima, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 como inativa, tendo movimentações próximas a zero nos meses de janeiro a maio de 2007 (conforme DIPJ) antes de haver o vultoso aporte de capital externo de sua controladora Mittal Steel Company N.V. realizado nos meses de junho e julho de 2007, para nesses mesmos meses de junho e julho, e complementarmente em agosto de 2007, efetuar a aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A e, depois de cumprido seu papel formal, ser incorporada logo em 28 de agosto de 2007, pela própria Arcelor Brasil S/A, no modelo conhecido como incorporação às avessas ou reversa. Três dias após, ou seja, no dia 31/08/2007 Arcelor Brasil S/A é incorporada pela ArcelorMittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

91. Importante ressaltar que a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A implicou no cancelamento de 206.681.012 ações ordinárias desta que eram de titularidade daquela. Como consequência, novas ações da Arcelor Brasil S/A (em mesmo número, espécie e classe) foram emitidas e atribuídas à única acionista da MSBP, ou seja, a MSCNV. Este fato é expresso nos itens 4.5 e 4.6 da AGE de 20/08/2007 da Arcelor Brasil S/A. Como o total de ações da Arcelor Brasil S/A passou a ser de 646.074.278 ações (item 4.7 da AGE) temos que a participação da MSCNV na Arcelor Brasil S/A ficou em 31,99% que foi exatamente o valor das ações adquiridas via OPA e no mercado secundário para o fechamento de capital da Arcelor Brasil S/A

demonstrando assim a verdadeira natureza do negócio, qual seja, a efetiva aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV.

92. A composição societária da empresa, conforme declarado na DIPJ do ano-calendário de 2007, era a seguinte:

Mittal Steel Company N.V. (Holanda) – 99,97%

Carlo Panunzi – 0,01%

José Armando de Figueiredo Campos – 0,01% e

Marcos Afonso Maia – 0,01%

93. O Sr. Marcos Afonso Maia é o representante legal da Mittal Steel Brasil Participações S/A, ao mesmo tempo em que exerce função na Arcelor Brasil S/A onde utilizava o endereço eletrônico marcos.maia@arcelor.com.br, conforme pode ser verificado na DIPJ relativa ao ano-calendário de 2007.

94. Em documentos enviados ao Banco Santander (relativo à conta da MSBP), a mesma pessoa, o Sr. Marcos Afonso Maia, autoriza também os pagamentos das compras de ações da Arcelor Brasil pela MSBP em documentos com o logo da ArcelorMittal e cujo local de envio mencionado no próprio corpo daqueles documentos é a própria Arcelor Brasil S/A. Estes fatos apenas demonstram e corroboram que as três empresas (Arcelor, MSBP e MSCNV) pertencem ao mesmo grupo mundialmente conhecido como Arcelor-Mittal e que as operações realizadas através da empresa veículo MSBP apenas e tão somente existiram para tentar validar o benefício fiscal da amortização do ágio.

95. Além disso, e-mails enviados pelo Banco Santander para endereços eletrônicos como @arcelor.com, mittalsteel.com e @arcelormittal.com, relativos aos valores necessários para efetuar o pagamento referente à aquisição de ações da Arcelor Brasil S/A no mercado de balcão, revelam que os destinatários das informações eram as empresas do exterior Arcelor, MittalSteel e ArcelorMittal indicando mais uma vez que MSBP era mera passagem, mero veículo.

96. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND-1450574, atestam que o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero! Exatamente isso “0” (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada uma pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevemos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda “a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional”.

97. A comprovação de que a MSBP nunca teve nenhum funcionário pode também ser constatada pelo sistema da RFB GFIP-WEB.

Discorre a autoridade fiscal que, na OPA dispondo sobre a aquisição das ações da ARCELOR BRASIL, restou demonstrado que a real adquirente das ações não teria sido a MITTAL BR (empresa veículo), mas sim a MITTAL, controladora do exterior:

*98. O preâmbulo da OPA dispunha que a **Mittal Steel Company N.V.** submetia aos acionistas da **ARCELOR BRASIL S.A.** (“Arcelor Brasil”), companhia aberta, oferta pública (“Oferta”) para a*

aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Arcelor Brasil ("Ações") conforme as regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") n.º 361, datada de 5 de março de 2002.

99. Conforme anteriormente mencionado, a OPA ocorreu em virtude de decisão da CVM de 25 de setembro de 2006, com base no Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e artigo 254-A da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em razão da oferta de permuta ("Oferta de Permuta") efetuada pela Mittal Steel Company N.V. para a aquisição de ações da Arcelor S.A., sociedade de capital aberto com sede em Luxemburgo ("Arcelor"). A OPA seguiu os procedimentos aplicáveis a ofertas públicas para transferência de controle acionário de companhias abertas previstos na Instrução CVM n.º 361/02.

100. Além disso, a Ofertante da OPA (Mittal Steel Company N.V.) também realizava a mesma com o objetivo de cancelamento do registro de companhia aberta mantido pela Arcelor Brasil junto à CVM. O cancelamento do registro da Arcelor Brasil como companhia aberta somente seria obtido se os acionistas titulares das Ações que aceitassem a Oferta representassem mais de 2/3 das Ações em Circulação para Cancelamento de Registro, fato que acabou se confirmando em 19 de junho de 2007.

101. A conclusão da OPA dar-se-ia através de um leilão ("Leilão") na Bolsa de Valores de São Paulo ("BOVESPA").

102. A Oferta encerrou-se em 4 de junho de 2007, data em que ocorreu o primeiro Leilão ("Data do Leilão").

103. Cancelado o registro de companhia aberta mantido pela Arcelor Brasil perante a CVM, as Ações não mais seriam negociadas na BOVESPA, porém, durante os 3 meses seguintes ao Leilão, ou seja, de 5 de junho de 2007 a 4 de setembro de 2007, qualquer acionista que desejasse vender suas Ações para a Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) poderia apresentar um pedido para tal efeito. A Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) adquiriria tais Ações e pagaria aos respectivos titulares o mesmo valor pago na Data de Liquidação da Opção de Pagamento em Dinheiro, em Reais, corrigido pela TR.

104. A Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) realizou a Oferta a um preço equivalente a 100% do valor por ação da Arcelor Brasil indiretamente pago no âmbito da Oferta de Permuta, para fins do Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e do artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações. Em conformidade com o artigo 29, § 6, da Instrução CVM n.º 361/02, a Ofertante declarou que, considerando o preço pago pela Ofertante pelas ações e OCEANES da Arcelor na Oferta de Permuta, o valor indiretamente pago pela Ofertante por ação da Arcelor Brasil seria o equivalente a Eur. 13,7165.

105. Conforme definido no Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs International e Goldman Sachs Representações Ltda, referido na Seção 7.2. da OPA, o Preço de Oferta foi superior ao preço justo da Arcelor Brasil, conforme determinado de acordo com o valor econômico da Arcelor Brasil baseado na análise de fluxo de caixa descontado.

106. Portanto, o Preço da Oferta na OPA foi superior ao valor econômico das Ações calculado de acordo com a metodologia de fluxo de caixa descontado, que foi considerado o preço justo das Ações requerido pelo Artigo 4, § 4 o, da Lei das Sociedades por Ações, conforme demonstrado no Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs International e Goldman Sachs Representações Ltda.

107. A metodologia de fluxo de caixa descontado resultou em uma faixa de valores entre R\$ 35,97 e R\$ 39,69 por Ação da Arcelor Brasil. A Goldman Sachs expôs seu entendimento de que

o valor econômico da Arcelor Brasil calculado conforme o fluxo de caixa descontado da Arcelor Brasil constituía a metodologia mais adequada para determinar o preço justo para as Ações.

108. O pagamento do preço de aquisição das Ações da Arcelor Brasil S/A colocadas à venda no Leilão dar-se-ia de uma das seguintes formas:

a) Opção de Pagamento Misto (código ARCE11L) - pagamento em ações ordinárias classe A de emissão da Mittal Steel ("Ações da Mittal Steel" representando 69,6% do Preço da Oferta) e em dinheiro (30,4% do Preço da Oferta), em Reais ou

b) Opção de Pagamento em Dinheiro (ARCE3L) - pagamento exclusivamente em dinheiro, em Reais.

109. Os acionistas que escolhessem a Opção de Pagamento Misto receberiam, para cada Ação da Arcelor Brasil S/A colocada à venda no Leilão, (a) 0,3568 Ações da Mittal Steel e (b) R\$ 11,70 em dinheiro.

110. Os acionistas que escolhessem a Opção de Pagamento em Dinheiro receberiam, por cada Ação da Arcelor Brasil S/A colocada à venda no Leilão, uma quantia em Reais correspondente à soma dos seguintes valores: (a) valor correspondente a 0,3568 Ações da Mittal Steel e (b) R\$ 11,70 em dinheiro, sujeito à atualização pela TR até a Data da Liquidação do Pagamento em Dinheiro.

111. Ainda, de acordo com o item 1.4.2 (ii) do Edital da OPA, a liquidação financeira da Opção de Pagamento em Dinheiro seria realizada pela Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) no Brasil, observados os procedimentos de liquidação pelo módulo bruto da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia ("CBLC").

112. E de acordo com o item 4.4.2 do Edital da OPA, **as obrigações de liquidação da Ofertante Mittal Steel Company N.V. estabelecidas no Edital seriam cumpridas diretamente pela Ofertante ou por meio de entidade integrante de seu grupo econômico e, em qualquer caso, a Ofertante permaneceria integralmente responsável e garantiria o cumprimento de todas as obrigações a ela atribuídas relativas à Oferta e estabelecidas no Edital.**

113. **Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente, quem verdadeiramente era responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas e aquela que efetivamente suportou o ônus pela aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A era uma empresa do exterior com sede na Holanda, a Mittal Steel Company N.V.**

114. **Foi a Mittal Steel Company N.V. quem realmente procedeu à operação de compra das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA e quem realmente suportou o ônus pelas ações adquiridas, seja através da opção de pagamento misto, seja pela opção do pagamento em dinheiro. A ofertante na OPA é a empresa do exterior Mittal Steel Company N.V. e não a Mittal Steel Brasil Participações S/A. Essa informação está expressamente consignada no edital da OPA e essa constatação é irrefutável.**

115. O fato de a Mittal Steel Company N.V. ter criado (em curto espaço de tempo) sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A para que essa última efetivamente efetuasse o pagamento no Brasil de parte das ações da Arcelor Brasil S/A em nada altera a substância da operação que revela que uma empresa fora do Brasil (Mittal Steel Company N.V) é quem realmente estava adquirindo as ações da Arcelor Brasil S/A.

116. No presente caso o que se verifica é que Mittal Steel Brasil Participações S/A é mera extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. (Holanda) que foi quem

verdadeiramente suportou o ônus da operação e quem expressamente é a Ofertante da OPA realizada no Brasil. A Mittal Steel Brasil Participações S/A, como extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. (Holanda), apenas efetuou os pagamentos relativos à compra das ações com ágio.

117. A assunção de o ônus ser da MSCNV é também manifesta no Laudo de Avaliação da Arcelor Brasil S/A elaborado pela Goldman Sachs, pois quem arcou com o pagamento de US\$4 milhões pelo Laudo e quem o solicitou foi a Mittal Steel Company N.V., e não a Mittal Steel Brasil Participações S/A, tudo conforme sumário e página 7 do referido Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs.

118. Cabe ressaltar aqui que foi esse Laudo de Avaliação da Goldman Sachs é que integrou a OPA cumprindo assim as determinações do artigo 8 da Instrução CVM 361/02. (Grifos originais)

Entendeu a autoridade fiscal pela ocorrência de abuso de direito (art. 187 do Código Civil), e que restou demonstrado que a MITTAL BR foi utilizada como empresa veículo para atuar *deliberadamente como mero caixa de empresa do exterior*, o que teria contrariado a *finalidade econômica da atividade*. Que, no caso concreto, a efetiva aquisição das ações do investimento por meio de bolsa de valores com ágio deu-se por uma entidade jurídica estrangeira (controladora MITTAL), e que a controlada com sede no Brasil, MITTAL BR, seria apenas uma *casca, uma passagem, uma extensão do caixa* da controladora na Holanda. Aduz que o *espírito da lei não é beneficiar empresas do exterior que resolvam fechar o capital de empresas brasileiras listadas em Bolsa, mas sim incentivar investimentos que possam gerar maiores retornos para a sociedade, situação na qual o governo criou o incentivo através da permissão da dedutibilidade fiscal do ágio*, e que os arts. 146 e 147 do RIR/99 dispõem que são contribuintes do imposto *as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País*. Ainda, discorre a autoridade fiscal que a ofertante expressa na OPA foi a MITTAL (MSCNV), e que por consequência não houve *a absorção de patrimônio (“confusão patrimonial”) entre a investidora original (MSCNV) e a investida Arcelor Brasil S/A (investimento)*, não se concretizando os requisitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Assim, a *mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio*. Aduz a autoridade fiscal que a incorporação deu-se entre a empresa veículo (MITTAL BR) e o investimento, a ARCELOR BRASIL, sem a participação do real investidor, MITTAL (MSCNV), conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal:

120. À luz da norma supra, comete abuso de direito o titular que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, entre outros pelo seu fim econômico.

121. A criação de empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática (que normalmente se verifica nas atividades empresariais) para funcionar deliberadamente como mero caixa de empresa do exterior contraria a finalidade econômica da atividade nos termos em que é descrita no artigo 966 do atual Código Civil. Logo, semelhante ato, por si só, caracteriza abuso de direito.

122. Marco Aurélio Greco destaca em sua obra (Planejamento tributário. S. Paulo, Dialética, 2004), que o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda “a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional”. A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. O Código Civil define no caput

do art. 966 que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Sendo assim, no contexto aqui analisado, qual seria o papel da MSBP?

123. A criação da MSBP (empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática, sem qualquer funcionário e mero caixa da MSCNV) consistiu numa operação sem fins econômicos, mas montada apenas para tentar reduzir a carga tributária via amortização de ágio contabilizado na empresa veículo.

124. As circunstâncias materiais do fato gerador devem ser levadas em consideração na determinação de sua ocorrência em todos os seus aspectos e dimensões, isto é, aspecto material, espacial, temporal, subjetivo e valorativo. Esse é o caso do IRPJ, quanto ao qual tanto o sujeito passivo, quanto a autoridade fiscal, deverão apurar os fatos e as circunstâncias concretas para efeito de determinar a qualificação e as consequências jurídicas previstas em lei.

125. E ainda que se trate de situação jurídica, os atos formais a ela associados também se referem a situações, ou descrevem circunstâncias ou condições, que devem corresponder a fenômenos ou eventos efetivamente observados. Se não houver essa correspondência entre a declaração dos fatos e a realidade observada, sobretudo quando a divergência é intencional e não tiver outro propósito senão o de reduzir indevidamente a incidência tributária, é lícito às autoridades mais uma vez desconsiderar as declarações inverídicas e conferir ao ato jurídico os efeitos que eles teriam caso as declarações constantes nos atos formais correspondessem à realidade.

126. A criação de subsidiária integral (Mittal Steel Brasil Participações S/A) poucos meses antes da OPA somente para servir como veículo de aquisição de ações com ágio que, em verdade, foi suportado por empresa no exterior, não tem o condão de preencher os requisitos necessários para a obtenção do benefício fiscal almejado de dedutibilidade do ágio, uma vez que nos termos do Artigo 111 do CTN a interpretação de tal benefício deve ser efetuada de maneira restritiva.

127. A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente (cerca de três meses após sua criação) à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente corrobora o único intuito do uso da MSBP como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.

128. Além disso, cabe ressaltar que a integralização do vultoso capital social da Mittal Steel Brasil Participações S/A ocorreu momentos antes da aquisição das ações via OPA e que referida integralização ocorreu através de remessas internacionais provenientes da controladora integral Mittal Steel Company N.V. demonstrando mais uma vez quem foi verdadeiramente quem suportou o ônus do pagamento do ágio na operação de aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA.

129. A Mittal Steel Brasil Participações S/A é apenas uma empresa veículo utilizada para carrear os recursos externos da Mittal Steel Company N.V. a serem utilizados na compra das ações da Arcelor Brasil S/A. Quem em verdade suporta o ônus do pagamento das ações é a MSCNV, seja pelos recursos aportados via integralização de aumento de capital na MSBP, seja pela cessão de suas próprias ações e mais uma quantia em dinheiro desembolsada na aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A na opção de pagamento misto ARCE11L da OPA, as quais foram posteriormente vendidas e integralizadas na MSBP pela MSCNV.

130. Este fato demonstra que a verdadeira adquirente que efetivamente suportou o ônus foi uma empresa do exterior e não uma pessoa jurídica nacional. Tendo em vista que somente as

peças jurídicas nacionais poderiam gozar do benefício fiscal do ágio ao adquirirem participação societária em outra pessoa jurídica, também nacional, conforme exaustivamente exposto no tópico deste Termo de Verificação “Da Dedutibilidade Fiscal do Ágio: Contexto Histórico e Requisitos Essenciais”, conclui-se que o ágio em comento não é dedutível na apuração do Lucro Real da fiscalizada.

131. Além disso, considerar a MSBP (empresa veículo, casca, sem qualquer funcionário e mera extensão do caixa da MSCNV) como a real adquirente é dissociar o fato pretendido do fato formalizado.

132. No presente caso em relação às aquisições realizadas pela MSBP, via OPA, a desconformidade se apresenta a partir do momento em que não é a MSCNV quem formalmente adquire as ações da Arcelor Brasil S/A, apesar de ser ela a Ofertante da OPA, mas a empresa veículo meramente de papel MSBP.

133. O objetivo real da operação era que a MSCNV, e não a MSBP, adquirisse as ações da Arcelor Brasil S/A e assim cumprisse as determinações da CVM, bem como realizasse o desejo da MSCNV de fechar o capital da Arcelor Brasil S/A.

134. A interposição de uma empresa veículo, casca, sem qualquer funcionário e caracterizada como mero caixa da subsidiária integral revela os traços da dissociação entre o objeto perquirido (aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.

135. Guiados pelo fundamento econômico de rentabilidade futura e voltados essencialmente à obtenção de economia fiscal forçosa, os “negócios” de tal natureza apresentam-se, quase sempre, sob um mesmo invólucro, qual seja: um pacote contendo a inserção (entre a operação negocial e os agentes efetivos) de entidades efêmeras desprovidas de existência fática (sem rastro de exercício fático de objeto societário, autonomia administrativa, ou plano de negócios), acompanhada de atos societários sequenciais - formalizados em diminuto espaço de tempo - sem que estejam estes vinculados à uma legítima motivação econômica ou propósito negocial.

136. E é exatamente o que foi constatado no caso concreto, onde a inserção da empresa veículo Mittal Steel Brasil Participações S/A configura mera forma interposta, verdadeira casca efêmera servindo de ponte entre o capital externo da Mittal Steel Company N.V. para carrear o ágio para dentro da Arcelor Brasil S/A no evento de incorporação da veículo que, apenas e tão somente, foi criada e extinta para esse fim.

137. Acrescente-se aqui que mundialmente os grupos Mittal e Arcelor já haviam chegado ao acordo de sua fusão e que as obrigações impostas pela CVM à Mittal Steel Company N.V. determinavam que essa empresa do exterior efetuasse uma OPA para que o direito dos minoritários não fosse prejudicado.

138. E não alegue aqui a fiscalizada que era necessária a criação de uma subsidiária integral da Mittal Steel Company N.V. no Brasil, face às leis locais ou do exterior. Ações da Arcelor Brasil S/A sempre puderam ser adquiridas por não residentes. Prova disso é que a própria Mittal Steel Company N.V. adquiriu 75.767.982 ações da Arcelor Brasil S/A tendo registrado o investimento direto no BACEN através do Registro Declaratório Eletrônico – Investimento Externo Direto (RDE-IED) número IA059546.

139. Portanto, mais uma vez, resta comprovado que a criação da Mittal Steel Brasil Participações S/A teve como único intuito a obtenção de vantagem tributária ao ser o mero veículo para trazer um ágio efetivamente suportado por empresa não domiciliada no País (Mittal Steel Company N.V.).

140. Parte do ágio total escriturado na Mittal Steel Brasil Participações S/A proveio exatamente do aumento e integralização de capital feito pela Mittal Steel Company N.V. através da entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A. O restante das ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V., ou seja, 10.805.000 foram vendidas pela Mittal Steel Company N.V. para a Mittal Steel Brasil Participações S/A, a qual recebeu o investimento e o escriturou com ágio. Essas duas parcelas do ágio escriturado na MSBP revelam ainda vícios adicionais, uma vez que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Cabe salientar aqui que para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização. Implica dizer que é necessário haver transação econômica que materialize o valor de aquisição, ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante. A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio. E a inobservância das condições retro mencionadas é exatamente o que se verifica quando partes dependentes (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) transacionam para criar um ágio contabilizado na veículo (MSBP) sobre ações de uma empresa do grupo (Arcelor Brasil S/A) já detidas por uma controladora do exterior (MSCNV) também pertencente ao mesmo grupo econômico.

141. Revelou-se mais tarde, por ocasião da incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A, que as ações da Arcelor Brasil S/A detidas pela MSCNV, e integralizadas na MSBP, acabaram retornando ao seu patrimônio, na medida em que na relação de troca de ações realizada entre Arcelor Brasil S/A e MSBP, a MSCNV, como controladora integral da MSBP, acabou por receber ações da Arcelor Brasil S/A, ou seja, a MSCNV transfere ações da Arcelor com ágio, em um primeiro momento, para logo em seguida (após a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A) receber também ações da Arcelor, ou seja, os efeitos dos atos praticados retornaram à situação original, porém com uma diferença marcante: o ágio vultoso agora transferido e, na visão da fiscalizada, pronto para ser amortizado. Este fato demonstra claramente que um dos requisitos legais essenciais para que o ágio possa ser considerado como dedutível não foi cumprido, pois percebe-se claramente que não houve a necessária absorção de patrimônio (“confusão patrimonial”) da investidora original (MSCNV) com a investida (Arcelor Brasil S/A).

142. A validade da dedutibilidade do ágio na apuração do lucro tributável das empresas depende tanto da confirmação das condições jurídicas e dos elementos formais previstos no normativo tributário, quanto dos aspectos intrínsecos ou subjacentes que levam ao conhecimento da realidade fática motivadora da operação, bem como das características essenciais que o credencia como fiscalmente dedutível, de modo a não restar nenhuma dúvida quanto à lisura e efetivação da finalidade comercial dos eventos societários a ele vinculados - no que se inclui a confirmação da operacionalidade efetiva das sociedades envolvidas, a presença de lapso temporal entre a constituição destas e os eventos deflagradores do instituto

- em extensão suficiente a empregar razoabilidade aos negócios formalizados, a verificação de quem efetivamente suportou o custo da aquisição do investimento e a necessidade da “confusão patrimonial” da investidora original com a investida. E como já repetidamente enfatizado nesse Termo de Verificação, a Mittal Steel Brasil Participações S/A foi uma mera entidade veículo, com curto lapso temporal de existência, sem operacionalidade efetiva e com o único objetivo de economia tributária que fica ainda mais evidente quando se constata que a própria Mittal Steel Company N.V. (empresa Holandesa) adquiriu ações da Arcelor Brasil S/A através do mix-option ARCE11L denotando que era perfeitamente factível a aquisição de todas as ações da Arcelor Brasil S/A por uma empresa do exterior (hipótese na qual o eventual ágio estaria contabilizado no exterior) sem a necessidade ulterior de haver qualquer transferência dessas ações adquiridas para uma subsidiária brasileira para posteriormente ser incorporada restando ao final para a empresa do exterior (Mittal Steel Company N.V.) as mesmas ações que anteriormente já detinha da Arcelor Brasil S/A.

143. Confirmar a congruência entre forma jurídica e finalidade fática torna-se ainda mais imperativo na fiscalização tributária quando se depara com ágio gestado em operações invertidas ou reversas, tal qual o presente caso, no qual a controlada/investida Arcelor Brasil S/A incorpora a sua controladora/investidora Mittal Steel Brasil Participações S/A. De sorte que, na busca da efetiva e real incidência tributária, se possa afastar eventuais efeitos fiscais a título de ágios, quando constatado que se assentam sobre atos unicamente formais, dissociados de efetiva motivação econômica ou finalidade comercial. No que se incluem os eventos e atos pro forma, estabelecidos sequencialmente sob mera configuração jurídica, conforme antecipado, nos quais comumente atuam pessoas jurídicas temporárias, sem contar com autonomia, exercício de atividade ou nexos efetivos com a operação comercial, tendo sido somente interpostas no interesse de entes empresariais que delas se servem. Atos sequenciais estes, que, ao serem investigados e confrontados, não raro se mostram desnecessários ao alcance daquilo que é o objeto comercial efetivamente desejado pelas partes, servindo exclusivamente ao intuito em forçar a obtenção de economias fiscais ante a Fazenda Pública.

(...)

148. O RIR/99 em seus artigos 386 e 147 é claro ao dispor que somente as pessoas jurídicas que investirem em outra com ágio é que terão direito à amortização fiscal do

ágio. No caso em tela, não foi uma pessoa jurídica residente no Brasil que efetivamente adquiriu as ações na OPA, mas sim a Mittal Steel Company N.V. sediada na Holanda.

149. A subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A é apenas uma casca, uma passagem, uma extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. sediada na Holanda, um elemento nascido de um planejamento para tentar atingir benefícios fiscais, os quais somente amparam pessoas jurídicas verdadeiramente nacionais.

150. O espírito da lei não é beneficiar empresas do exterior que resolvam fechar o capital de empresas brasileiras listadas em Bolsa, mas sim incentivar investimentos que possam gerar maiores retornos para a sociedade, situação na qual o governo criou o incentivo através da permissão da dedutibilidade fiscal do ágio.

151. Conforme já discorrido no tópico relativo à legislação que rege o ágio e as condições para seu aproveitamento, os artigos 146 e 147 do RIR/99 estabelecem claramente o conceito de pessoa jurídica contribuinte do imposto, os quais novamente reproduzimos abaixo:

Art. 146. São **contribuintes do imposto** e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27):

I - as **pessoas jurídicas** (Capítulo I); ...

§ 1º As disposições deste artigo aplicam-se a todas as firmas e sociedades, registradas ou não (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, § 2º).

Art. 147. **Consideram-se pessoas jurídicas**, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I - **as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País**, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);

152. Portanto, o **benefício fiscal** da dedutibilidade do **ágio** somente é aplicável quando o evento de incorporação ocorrer entre duas **empresas** que sejam **domiciliadas no Brasil**. Permitir o benefício fiscal da amortização do ágio em operações de incorporação, envolvendo pelo menos um não residente, está completamente fora do escopo da norma. Essa é a essência da norma. Irrelevante se as operações ocorreram formalmente entre empresas domiciliadas no País através da criação efêmera de empresa veículo, especialmente quando a mesma é extinta em evento encadeado e subsequente de incorporação. Cabe aqui ressaltar que o artigo 111 do CTN estabelece que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, vale dizer, as sociedades não residentes não tem amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio. O benefício fiscal não contempla a hipótese do presente caso no qual houve aquisição de ações com ágio via OPA pela ofertante Mittal Steel Company N.V., pois trata-se de empresa domiciliada no exterior e, portanto, fora do escopo da norma que dispunha sobre o benefício.

153. Constatada que a verdadeira essência da operação ocorreu entre um não residente e uma empresa nacional resta apenas a essa fiscalização considerar que o ágio da Arcelor Brasil S/A não é dedutível, pois, em essência, foi fruto da aquisição de suas próprias ações por empresa domiciliada no exterior (Mittal Steel Company N.V.) onde a efêmera veículo Mittal Steel Brasil Participações S/A atuou apenas como elemento formal e extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. para tentar conferir ao ágio carreado uma eventual legitimidade que efetivamente não foi confirmada.

154. Repita-se, o ágio foi suportado por Mittal Steel Company N.V. empresa sediada na Holanda. Querer trazer esse ágio para o Brasil seria como internalizar um ágio contabilizado no exterior. E desde já, para efeitos fiscais, repele-se a casca criada para tentar suportar o ônus da operação através da criação da Mittal Steel Brasil Participações S/A.

155. Vê-se claramente que empresa do exterior não goza do benefício fiscal da amortização do ágio e, portanto, não há como essa fiscalização considerar como dedutível um ágio nas circunstâncias apresentadas.

156. **A dedutibilidade fiscal do ágio na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no art. 386 do RIR/99, assim como observar estritamente todas as condições estipuladas na lei (e já exaustivamente tratadas nesse Termo), sob pena de ser considerada indevida.** Esse pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações onde há qualquer espécie de renúncia fiscal, se encontra expressamente previsto no art. 111 do CTN.

157. Além disso, **verificado que a ofertante expressa da OPA foi a MSCNV e que a real adquirente, e quem verdadeiramente suportou o ônus pela aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A, foi a mesma empresa do exterior (MSCNV) e que não houve a absorção de patrimônio ("confusão patrimonial") entre a investidora original (MSCNV) e a investida Arcelor Brasil S/A, conclui-se mais uma vez que os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) não foram satisfeitos para que a despesa com amortização do ágio pudesse ser reconhecida como dedutível.**

(...)

159. De acordo com o artigo 386 do RIR/99, a permissão legal para a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura como despesa dedutível se refere ao ágio que compõe o preço (custo) pago pela aquisição de um investimento e à extinção do investimento ou empresa investidora em decorrência de organização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, devido a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida. Assim, **para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção de investimento.**

160. **A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio.**

161. Além da ocorrência de extinção do investimento ou investida, existe a necessidade de que o ágio, efetivamente suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária, ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

162. Adicionalmente, **para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O real investidor deve se confundir com o seu investimento.** Assim, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

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

164. Voltando ao caso ora em análise, tem-se que o ágio registrado pela MSBP, na verdade, decorre da aquisição da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV. Tal ágio, portanto, foi efetivamente pago pela MSCNV, e não pela MSBP. Dessa forma, em face do fato incontroverso que o ágio fora efetivamente pago pela MSCNV, percebe-se que a real investidora é esta empresa, sendo a Arcelor Brasil S/A a investida. Significa dizer que a MSBP apenas recebeu tal ágio por “transferência”. Posteriormente, houve duas incorporações dentro do grupo empresarial, quais sejam: primeiro, a Arcelor Brasil S/A incorporou a MSBP (20/08/2007); depois, a Belgo Siderurgia incorporou a Arcelor Brasil S/A (31/08/2007). Isso demonstra que o ágio foi sendo transferido dentro do GRUPO ARCELORMITTAL, de modo a atender aos interesses dos controladores no exterior.

165. Portanto, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a operação societária que eventualmente permitiria a dedutibilidade do ágio, aquela que revelaria os traços de que o investimento adquirido foi perdido seria apenas e tão somente a confusão patrimonial entre a MSCNV (investidora original) e a Arcelor Brasil S/A (investida). No entanto, voltando aos fatos, vê-se que essa união patrimonial nunca ocorreu. A operação que, segundo o contribuinte, autorizou a dedutibilidade do ágio foi a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A. Portanto, vê-se que o GRUPO ARCELORMITTAL não cumpriu mais um requisito legal para a dedutibilidade do ágio. Como a MSBP não foi a real adquirente das ações da Arcelor Brasil S/A, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade do correspondente ágio.

166. Desta feita, ante os fatos incontroversos ora levantados e o contexto normativo acima apresentado, demonstra-se que o ágio absorvido pela Arcelor Brasil S/A com a incorporação da MSBP não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Isso porque a citada incorporação não conduziu à confusão patrimonial entre a real investidora e a investida. Não há, portanto, como o ágio ser aproveitado, nos termos do artigo 386 do RIR/99, em face de operações societárias realizadas.

167. No caso em tela, a investidora estrangeira não deixou de existir e em nenhum momento perdeu seu investimento na Arcelor Brasil. Ao final de toda a operação, tanto a sociedade que efetivamente pagou o ágio (MSCNV), mediante a capitalização e/ou transferência de numerários à empresa veículo (MSBP), quanto o investimento adquirido não foram extintos, pois como já frisado anteriormente, por ocasião da incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A, as ações da Arcelor Brasil S/A detidas pela MSCNV, e integralizadas na MSBP, acabaram retornando ao seu patrimônio, na medida em que na relação de troca de ações realizada entre Arcelor Brasil S/A e MSBP, a MSCNV, como controladora integral da MSBP, acabou por receber ações da Arcelor Brasil S/A, ou seja, a MSCNV transfere ações da Arcelor com ágio, em um primeiro momento, para logo em seguida (após a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A) receber as mesmas ações da Arcelor, ou seja, os efeitos dos atos praticados retornaram à situação original, sendo que o investimento original da MSCNV na Arcelor Brasil S/A permaneceu existindo no patrimônio da investidora original sem que essa e nem o investimento fossem extintos.

168. O que se pode perceber é que os procedimentos adotados não passaram de atos formais desprovidos de racionalidade econômica. Ainda que a operação seja formalmente regular no âmbito do direito empresarial, não é possível que a fiscalizada usufrua o efeito tributário almejado, pois não ficou caracterizada a situação prevista no artigo 386 do RIR/99.

169. A formação de ambas as sociedades, empresária e simples, está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica, e se este não existir fica caracterizada a ausência de

propósito societário, não originando, assim, a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.

170. O elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. Ao teor do art. 966 do Código Civil, a ideia de empresa é o núcleo a ser investigado. Vale dizer, a atividade econômica é materializada pela produção e circulação de bens e serviços mediante organização de fatores de produção, por exemplo, capital, trabalho, matéria-prima, etc.

171. Em um grupo societário em que uma pessoa jurídica controle outra, caso haja necessidade de reunir ambas num único empreendimento, o caminho que a experiência aponta como natural é a controladora incorporar sua controlada e não o inverso (incorporação às avessas). A legislação reconhece esta figura de caráter inverso (controlada incorporando a controladora), mas isto não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, pois esta operação inversa pode, eventualmente, estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto em desrespeito à lei (talvez não à lei societária que regula a incorporação, mas à lei tributária ou outra lei relevante aplicável ao caso concreto).

172. A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso e essa razão específica não houve.

173. Portanto, não há qualquer razão específica sustentável, a não ser o desejo de dedutibilidade das despesas de amortização do ágio, para a ocorrência da referida incorporação às avessas no caso concreto.

174. Não há dúvida que a nova empresa, empresa veículo, foi constituída, de acordo com as formalidades exigidas no País. Entretanto, tal empresa serviu também à intenção de transferir um ágio para dentro da empresa investida, uma empresa operacional. A interposição dessa veículo teve como finalidade a redução de tributos.

175. Essas operações, apesar de formalmente lícitas, são desprovidas de substância essencial ao negócio, vez que a vontade expressa materialmente não corresponde à subjetivamente acordada entre as partes. Na verdade, trata-se de atos intrinsecamente vazios, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linha gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna.

176. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.

177. No presente caso a investidora original no exterior MSCNV detinha ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas via OPA, as quais foram transferidas via integralização de capital e venda para sua subsidiária integral MSBP. Além disso houve uma integralização de capital em dinheiro na MSBP pela MSCNV. Após a deflagração das diversas etapas da operação estruturada, as ações da Arcelor Brasil S/A anteriormente transferidas pela MSCNV à MSBP acabaram no patrimônio da própria Arcelor Brasil S/A que, como contrapartida, emitiu novas

ações e na mesma quantidade para a MSCNV. Ou seja, ao final da operação o investimento original efetuado pela MSCNV (investidora original) na Arcelor Brasil S/A (investida) permaneceu subsistindo no patrimônio daquela não havendo que se falar então em incorporação da investidora original pela investida ou da investida pela investidora original. Assim, além de todos os outros vícios já demonstrados e discorridos no presente Termo, constata-se que o requisito essencial de haver a incorporação da investida pela investidora original ou vice-versa nos termos preconizados pela legislação tributária, em especial o artigo 7º. da Lei 9.532/97 não foi satisfeito, o que também impede a dedutibilidade fiscal do ágio amortizado.

178. Nas condições apresentadas e descritas nos itens precedentes deste Termo, em especial os itens 18 a 40, 50 a 55 e 57 a 177, e com fundamento no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, art. 10 da Lei nº 9.718, de 1998, art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (com a redação dada pelo art. 1º, inciso III do Decreto-Lei nº 1.730, de 1979), artigos 6º, §3º, alínea “a” e 20 do Decreto-Lei 1.598/77, artigos 146, 147, 247, 250, inciso I, 385, 386 e 391 do RIR/99 e art. 111 do CTN, não há como aceitar a amortização do ágio das ações da Arcelor Brasil S/A como dedutível e, como resultado, todos os valores que a fiscalizada excluiu indevidamente, nos anos-calendário de 2015 e 2016, na apuração do Lucro Real e na base de cálculo da CSLL relativos à amortização fiscal desse ágio serão glosados e lançados por essa fiscalização nos seguintes valores (conforme planilhas e demonstrativos da própria fiscalizada em conformidade com os valores declarados na linha 152 dos blocos M300 e M350 das ECF dos anos-calendário de 2015 e 2016):

2015 - R\$460.979.418,09

2016 - R\$460.979.418,08

A autoridade fiscal ainda discorre sobre vícios adicionais, que impossibilitariam a amortização do ágio.

Primeiro, porque teria restado caracterizada a ocorrência de ágio interno, ou ágio em sim mesmo. Aduz a autoridade fiscal que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) no exterior e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Não há uma geração de riqueza nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A. A situação é assim transcrita pelo Termo de Verificação Fiscal:

Composição dos valores dos ágios em função das operações que os originaram – Vícios Adicionais

179. A fiscalizada apresentou planilha demonstrando a composição de todo o ágio apurado na aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela Mittal Steel Brasil Participações S/A que, em suma, foram os seguintes:

- a) R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA;*
- b) R\$148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado de balcão;*

c) R\$339.138.066,90 em julho de 2007, decorrente de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas por Mittal Steel Company N.V. na opção de pagamento misto – ARCE11L, o qual foi celebrado em 31/07/2007 entre Mittal Steel Company N.V. e Mittal Steel Brasil Participações S/A.;

d) R\$2.039.002.326,30 em julho de 2007, decorrente de aumento de capital da Mittal Steel Brasil Participações S/A com ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V. na opção de pagamento misto – ARCE11L;

e) R\$99.141.918,66 em agosto de 2007, decorrentes de aquisições residuais posteriores realizadas fora do leilão e após o fechamento de capital na Bolsa de Valores.

180. A soma dos valores de ágio acima mencionados perfaz a quantia de R\$6.773.041.963,39, cuja totalidade do valor amortizado nos anos-calendário sob fiscalização foi considerada não dedutível na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, de acordo com a toda a fundamentação retro exposta.

181. Não obstante, cabe ressaltar aqui, que as parcelas “c” e “d” acima, contém vícios ainda maiores dos que os já tratados, o que somente corrobora todo o planejamento tributário abusivo realizado. Vejamos:

a) A parcela “c” acima contempla o ágio contabilizado na Mittal Steel Brasil Participações S/A., cujo objeto era a Arcelor Brasil S/A, através da venda das ações da Arcelor Brasil S/A efetuada pela Mittal Steel Company N.V. para a sua subsidiária integral, Mittal Steel Brasil Participações S/A., ações essas que haviam sido adquiridas anteriormente (em 04 de junho de 2006) via OPA pela empresa do exterior Mittal Steel Company N.V.

b) Já a parcela “d” acima contempla o ágio contabilizado na Mittal Steel Brasil Participações S/A., cujo objeto era a Arcelor Brasil S/A, através do aumento de capital efetuado pela Mittal Steel Company N.V. em sua subsidiária integral, Mittal Steel Brasil Participações S/A., ações essas que haviam sido adquiridas anteriormente (em 04 de junho de 2006) via OPA pela empresa do exterior Mittal Steel Company N.V.

182. Portanto, a parcela do ágio no valor de R\$2.039.002.326,30 escriturado na Mittal Steel Brasil Participações S/A proveio exatamente do aumento e integralização de capital feito pela Mittal Steel Company N.V. através da entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A anteriormente adquiridas pela MSCNV via OPA. O restante das ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V. via OPA, ou seja, 10.805.000 foram vendidas pela Mittal Steel Company N.V. para a Mittal Steel Brasil Participações S/A, a qual recebeu o investimento e o escriturou com ágio no valor de R\$339.138.066,90.

183. Não obstante todo o ágio já ter sido fulminado por essa fiscalização, conforme descrito anteriormente até o item 178 deste Termo, essas duas parcelas dos ágios (R\$339.138.066,90 e R\$2.039.002.326,30) escriturados na MSBP revelam ainda vícios adicionais, uma vez que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) no exterior e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Não há uma geração de riqueza

nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A.

184. Essas duas situações representam não os ágios que eventualmente (e dependendo da legislação da Holanda) a Mittal Steel Company N.V. contabilizou no exterior por ocasião da aquisição via OPA das ações da Arcelor Brasil S/A, mas sim um novo ágio (intragrupo) criado em sua subsidiária integral (empresa veículo, casca, elemento de passagem e mero extensão do caixa) com as próprias ações da Arcelor Brasil S/A (empresa que já era controlada do grupo Arcelor-Mittal mundial) e que acabaria na própria Arcelor Brasil S/A quando da incorporação reversa, onde a Arcelor Brasil S/A termina incorporando a Mittal Steel Brasil Participações S/A e começa a deduzir fiscalmente os ágios criados sobre si mesma.

185. A aquisição de ações da Arcelor Brasil S/A pela Mittal Steel Company N.V., via OPA, ocorreu em 04/06/2007 e após, em 31/07/2007, esta aumenta capital e integraliza essas ações na Mittal Steel Brasil Participações S/A, que as recebe e contabiliza o investimento com ágio. O ágio que se encontrava no exterior, agora encontra-se no Brasil, através de um aumento de capital na MSBP pela MSCNV. Na MSBP esse é um novo ágio surgido intragrupo dentro de um cenário fático onde MSCNV controla integralmente MSBP e onde MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A fazem parte do grupo mundial Arcelor-Mittal formado em 2006, conforme já detalhado no tópico do histórico das empresas deste Termo de Verificação.

186. A legislação sobre esse benefício fiscal da dedutibilidade do ágio não tem o escopo de incentivar a fusão de grupos mundiais através da criação efêmera de empresa veículo (casca e mera extensão do caixa da empresa no exterior) que contabiliza vultoso ágio sobre ações de empresa que já era controlada pelo próprio grupo.

187. É o caso clássico do ágio de si mesmo, cuja dedutibilidade fiscal não pode ser aceita por essa fiscalização. Trata-se de um sobrepreço que não tem uma terceira parte independente envolvida, mas sim uma subsidiária integral. Não há uma geração de riqueza nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A. O que há é apenas uma troca de papéis entre entidades que fazem parte de um mesmo grupo, ainda mais quando se verifica que ao final da incorporação o que restará à Mittal Steel Company N.V. serão as próprias ações da Arcelor Brasil S/A anteriormente cedidas à MSBP e que por ocasião do evento de incorporação acaba gerando a obrigação da relação de troca de ações entre Arcelor Brasil S/A x MSBP e, como a MSCNV é a controladora integral da MSBP, a MSCNV termina por receber ações da Arcelor Brasil S/A decorrente da relação de troca no evento de incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A. (Grifos originais)

Segundo, porque haveria ágio que teria sido amortizado antes da incorporação e exclusão direta na apuração do Lucro Real. Trata-se do valor de R\$14.872.515,96, com a rubrica: “Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil”, que seriam referentes à realização de ágio de parcelas amortizadas antes da incorporação, conforme Termo de Verificação Fiscal:

Ágio amortizado antes da Incorporação e exclusão direta na apuração do Lucro Real

189. Como se não bastassem todos os vícios encontrados e percorridos até o momento por essa fiscalização, ainda com relação ao ágio da Arcelor Brasil S/A, identificamos que a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2015 e 2016 o valor de R\$14.872.515,96 com a seguinte rubrica: “Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil”. Tais valores são referentes à realização de ágio de parcelas amortizadas antes da incorporação.

190. Ora, referidas exclusões não podem ser aceitas por essa fiscalização por todas as razões e vícios nas operações que deram origem à formação do ágio, as quais já foram anteriormente descritas e detalhadas neste Termo de Verificação.

191. Além disso, ainda que todos os requisitos para o gozo do benefício fiscal estivessem presentes, essa parcela excluída diretamente na apuração do Lucro Real de 2015 e 2016 deve ser glosada, pois trata-se de parcela de ágio já amortizado antes da incorporação e o artigo 386, inciso III do RIR/99 nesse ponto é cristalino quando assevera que o ágio passível de dedutibilidade é somente aquele decorrente de amortizações ocorridas posteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão nos balanços correspondentes à apuração do Lucro Real levantados após os eventos mencionados.

192. O direito à dedutibilidade do ágio amortizado nasce somente após o evento de incorporação, fusão ou cisão. Não tem sentido algum querer obter qualquer benefício fiscal para as parcelas de ágio já amortizadas anteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão. O ágio amortizado anteriormente aos eventos citados é totalmente indedutível nos termos do artigo 391 do RIR/99. O controle na parte B do LALUR dos valores adicionados anteriormente à incorporação tem como objetivo a determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento. Como após os eventos de incorporação, fusão ou cisão, investidor e investida se confundem, não há mais como referido valor anteriormente adicionado ser aproveitado devendo ser simplesmente baixado.

193. O benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio nasce com os eventos de incorporação, fusão ou cisão e somente os ágios amortizados a partir do nascimento do direito é que são passíveis de não serem adicionados ao Lucro Real, tudo conforme artigos 391 e 386, inciso III do RIR/99 reproduzidos abaixo (...)(Grifos originais)

Diante das situações apuradas, foram lavrados os lançamentos de ofício de IRPJ e CSLL (apuração reflexa, com base na Lei nº 7.689/88, c/c com o art. 57 da Lei nº 8.981/95 e art. 28 da Lei nº 9.430/96), com multa de ofício de 75%.

Foi dada ciência dos autos de infração em 09/12/2020 (e-fl. 413), tendo sido apresentada impugnação em 07/01/2021.

A Impugnante descreve os fatos da autuação fiscal e as operações que geraram direito à amortização fiscal do ágio e histórico da constituição da MITTAL BR no tópico I.

Transcreve quadro relatando as reestruturações societárias envolvendo o Grupo ArcelorMittal que deram origem ao ágio questionado pela Fiscalização:

Criação do Grupo ArcelorMittal e reestruturações societárias no Brasil (2006 – 2013)
<ul style="list-style-type: none"> • Início de 2006 – Realização de OPA <i>hostil</i> na Europa pelo Grupo Mittal, por meio da Mittal NV, para a aquisição das ações de emissão da Arcelor S.A., companhia <i>holding</i> localizada em Luxemburgo que consolidava as empresas do Grupo Arcelor no mundo. • 30 de janeiro 2006 - Rejeição da oferta, considerada <i>hostil</i> pela Administração do Grupo Arcelor, uma vez que foi efetuada sem a sua prévia consulta e aprovação. Em 12 de junho de 2006 foi realizada nova oferta, igualmente rejeitada. • 26 de junho de 2006 – Após novas negociações, o Grupo Arcelor finalmente associa-se ao grupo Mittal Steel no exterior, por meio da celebração de Memorando de Entendimentos prevendo a fusão dos grupos (“MOU”) (doc. 03), o que daria origem ao grupo ArcelorMittal. • 05 de julho de 2006 - Divulgação de Fato Relevante esclarecendo, inicialmente, que a fusão não traria consequências para as empresas brasileiras do grupo Arcelor e informando que a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) havia solicitado pedido de esclarecimentos sobre a estrutura da operação no exterior, a fim de verificar a necessidade de realização de OPA no Brasil (doc. 04).

- **25 de setembro de 2006** – CVM decide que deveria ser lançada uma OPA em relação às ações da Arcelor BR, tendo em vista que a formação do Grupo ArcelorMittal teria implicado na alienação do controle indireto da Arcelor BR (doc. 05).
- **26 de outubro de 2006** – Apresentação do pedido da OPA por alienação de controle cumulada com a OPA para cancelamento do registro de companhia aberta da Arcelor BR perante a CVM, em atendimento à exigência do órgão regulador (doc. 06).
- **30 de novembro de 2006** – Constituição da Mittal BR, subsidiária da Mittal NV, cujo propósito era atuar como empresa *holding* do grupo Mittal no Brasil.
- **17 de abril de 2007** – **Aprovação da realização da OPA da Arcelor BR no Brasil pela CVM, com a publicação do edital em 28.04.2007 (doc. 07).**
- **02 de maio de 2007** – Em paralelo, ocorre a definição da estrutura de fusão dos Grupos Arcelor e Mittal Steel no exterior, que seria realizada em duas etapas, a saber: (i) incorporação da Mittal NV por uma sociedade domiciliada em Luxemburgo, denominada ArcelorMittal, cuja execução e eficácia dependeria da aprovação dos acionistas da Mittal NV e da aprovação dos órgãos competentes, por se tratar de companhia aberta; e (ii) incorporação da ArcelorMittal pela Arcelor S.A., cuja execução dependeria da concretização da primeira incorporação, bem como a avaliação econômica das empresas e o estabelecimento da relação de troca entre as ações da ArcelorMittal e da Arcelor S.A.
- **04 de junho de 2007** – Enquanto no exterior definia-se a forma de implementação da fusão entre os grupos Arcelor e Mittal, no Brasil a Mittal NV, por meio da *holding* brasileira Mittal BR, promove o leilão da OPA para aquisição das ações da Arcelor BR, realizada com pagamento de ágio. O ágio em questão foi fundamentado em laudo de avaliação preparado pela Apsis Consultoria², que justificou o ágio com base na expectativa de rentabilidade futura da Arcelor BR, tendo as transações sido liquidadas pela Mittal BR por meio de recursos captados junto à sócia Mittal NV e empresas do grupo Mittal, (aumento de capital e empréstimos) (doc. 08). Cabe notar, ainda, que o grupo Mittal também adquiriu ações da Arcelor BR de forma direta, por meio da Mittal NV.
- **31 de julho de 2007** – De modo a consolidar os investimentos detidos na Arcelor BR, a Mittal NV promove aumento de capital da Mittal BR, que é integralizado por meio de dação das ações da Arcelor BR anteriormente adquiridas pela Mittal NV na OPA (doc. 09), ensejando o registro de ágio por parte da Mittal BR, também justificado e fundamentado no laudo de avaliação preparado pela Apsis Consultoria. Cabe notar que a Mittal BR também adquiriu ações detidas pela Mittal NV na Arcelor BR, por meio de contrato de compra e venda, que também ensejou o registro de ágio.
- **20 de agosto de 2007** – **Uma vez que a Mittal BR passou a deter 100% das ações da Arcelor BR, foi então iniciado o processo de consolidação do grupo e simplificação da estrutura, com a incorporação da Mittal BR pela Arcelor BR (doc. 10).**
- **31 de agosto de 2007** – Em continuidade à referida consolidação de ativos, foi realizada a incorporação da Arcelor BR pela sua então controlada Belgo Siderurgia S.A., a qual passou a denominar-se ArcelorMittal Brasil S.A., ora Impugnante.
- **03 de setembro de 2007** – No exterior, os acionistas dos grupos Arcelor e Mittal aprovam a estrutura de combinação das empresas e, em 13 de novembro de 2007, foi definida a relação de troca para a fusão.

Aduz que como o *Grupo Mittal não tinha atuação significativa no Brasil àquela época, foi necessário constituir a Mittal BR, a fim de que a OPA a ser implementada no Brasil não interferisse nos eventos em andamento no exterior*. Ou seja, a constituição da MITTAL BR teria por base efetivas razões negociais, sem qualquer relação com eventual aproveitamento do ágio. Ainda, a MITTAL BR teria sido devidamente constituída e com atos constitutivos registrados e publicados, inclusive tendo movimentado os recursos financeiros destinados à quitação da dívida. Entende que *a constituição da Mittal BR foi o modo mais adequado, sob o ponto de vista operacional, para a realização da OPA brasileira de forma a não criar empecilhos ou impactos diretos no processo de fusão amplo, complexo e transnacional de que resultou a formação do grupo ArcelorMittal no exterior*. E, uma vez realizada a OPA, o *Grupo ArcelorMittal optou por extinguir a Mittal BR, visto que havia sido constituída com o propósito de viabilizar o lançamento da Oferta em questão, bem como concentrar os investimentos na Arcelor BR. Assim, a Arcelor BR incorporou a Mittal BR5, desencadeando, nos termos legais, o aproveitamento fiscal do ágio*.

No tópico II, discorre sobre o direito, com os seguintes subtópicos:

II.1 – PRELIMINARMENTE: CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA ÉPOCA E DO ARTIGO 24 DA LINDB

II.2 – PRELIMINARMENTE: NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS VALIDAMENTE PRATICADOS

II.3 – PRELIMINARMENTE: DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO ARCELOR

II.4 – LEGITIMIDADE DAS OPERAÇÕES ENGENDRADAS PELO GRUPO ARCELORMITTAL E VALIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ARCELOR PELA IMPUGNANTE

II.4.1 – Impossibilidade de se aplicar o instituto do abuso de direito na seara tributária

II.4.2 – Ilegitimidade da desconsideração das operações realizadas e o propósito comercial nos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal

II.4.3 – Impossibilidade de desqualificação das operações praticadas pelo Grupo ArcelorMittal com base na acusação de empresa veículo

II.4.4 – Legalidade das operações envolvendo incorporações às avessas

II.4.5 – A confusão patrimonial entre investidora e investida – Mittal BR como efetiva adquirente das participações da Arcelor BR

II.4.6 – A parcela do ágio registrado mediante aumento de capital e operações de compra e venda também é passível de amortização

II.4.7 – Possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação

II.5 – DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO E SEUS REFLEXOS EM RELAÇÃO À CSLL

II.6 – DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS SELIC SOBRE A MULTA

No tópico II.1, “PRELIMINARMENTE: CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA ÉPOCA E DO ARTIGO 24 DA LINDB”, protesta que ao tempo das operações que conduziram à amortização do ágio, grande parte da orientação jurisprudencial estaria no sentido de considerar legítimo o aproveitamento da despesa. Pugna pela aplicação do art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1947, com redação dada pela Lei nº 13.655, de 2018, por entender que o auto de infração teria por base interpretações inexistentes à época dos fatos, e que as orientações expedidas pela Receita Federal a respeito da amortização do ágio teria sido criadas posteriormente com o decorrer dos anos. Discorre que *as decisões administrativas e judiciais deverão levar em consideração a interpretação verificada a época dos atos praticados, sendo incabível que modificações interpretativas retroajam em malefício de contribuintes que atuaram de boa-fé*. Afirma que seria bastante razoável que, à luz da jurisprudência da época dos fatos, teria se sentido segura para proceder com a amortização do ágio, razão pela qual deveria ser reconhecida a validade das operações, *“sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”*. Assim, requer a Impugnante pela aplicação do art. 24 da LINDB e, por consequência, pelo cancelamento do auto de infração.

No tópico “II.2 – PRELIMINARMENTE: NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS VALIDAMENTE PRATICADOS”, protesta que não haveria no Termo de Verificação Fiscal (TVF) qualquer indicação de quais dispositivos teriam sido violados pela Impugnante, não havendo apontamento da norma violada. Assim, teria incorrido a autuação fiscal em falta de motivação, em afronta ao art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, e ao art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF). Teria a autoridade fiscal valido-se de um vasto conjunto de *suposições, qualificações infundadas e ilógicas, para tentar criar uma aparente ilicitude nas operações praticadas*, e teria invocado até mesmo a existência de *“excesso” ou “abuso de direito”*, não aplicável na seara tributária (art. 187 do Código Civil). Aduz que *a autuação não está baseada em um descumprimento da lei, mas sim no suposto não atendimento aos conceitos criados de forma arbitrária pelo Agente Fiscal*, e que a única norma que poderia socorrer o Fisco seria o parágrafo único do art. 116 do CTN, que se trata de norma de eficácia limitada *cujos efeitos dependem de edição de lei ordinária posterior*. Menciona jurisprudência do CARF (Acórdão 1302-001.150) e do STJ (Resp. 48.516/SP) no sentido de que a presunção de legitimidade do lançamento tributário não afastaria o dever do Fisco de expor os

motivos para desqualificar a apuração da contribuinte. Pugna pela nulidade do auto de infração pela ausência de fundamentação legal e por *estar fundamentado em regras de caráter genérico*.

No tópico "II.3 - PRELIMINARMENTE: DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO ARCELOR", discorre que o direito da Fiscalização de questionar os eventos relacionados à formação do ágio amortizado pela Impugnante já estaria decaído quando da lavratura dos autos de infração, vez que ágio oriundo da aquisição das ações da ARCELOR BR seria referente ao ano-calendário de 2007, e no caso do IRPJ e CSLL, tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o termo final para a revisão do lançamento seria em 2012, enquanto que a lavratura dos autos de infração deu-se tão somente em dezembro de 2020, mais de sete anos após o decurso do prazo decadencial. Requer pelo reconhecimento da decadência e extinção do crédito tributário.

No tópico "II.4.1 – Impossibilidade de se aplicar o instituto do abuso de direito na seara tributária", protesta que o abuso de direito não é aplicável à seara tributária, e que o Acórdão nº 1302-001.182 *sustenta que o abuso de direito não é aplicável às relações jurídico-tributárias, sendo plenamente legítimo aos contribuintes organizarem-se da forma que lhe for mais conveniente, ainda que resulte em economia tributária*, e que autoridade fiscal teria ignorado a questão de competência e procurado sustentar a aplicação do artigo 187 do Código Civil como suposto fundamento legal para a autuação fiscal. Anexa aos autos parecer do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que analisou as operações envolvendo o ágio da ARCELOR, tendo registrado que *"o código civil não confere à autoridade administrativa a competência discricionária reservada ao juiz. Já por esse motivo há uma ostensiva incompetência da autoridade administrativa quando se apropria do dispositivo civil referente ao abuso de direito"*. Ainda, teria incorrido em erro a autoridade fiscal ao desconsiderar os efeitos fiscais decorrentes da estrutura adotada pela Impugnante, vez que o abuso de direito não seria cláusula geral que pudesse autorizar o Fisco a criar uma solução para o caso concreto sem base legal.

No tópico "II.4.2 – Ilegitimidade da desconsideração das operações realizadas e o propósito comercial nos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal", aduz sobre a inexistência da figura do propósito comercial no ordenamento jurídico brasileiro, que teria sido fundamento adotado pelas autoridades fiscais para desconsideração dos negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes. Registra que, de qualquer forma, a invalidação das operações com base na teoria do propósito comercial não se aplicaria ao caso concreto, em razão da existência de efetivo propósito comercial na constituição da Mittal BR e nos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal. Discorre que *as operações praticadas pelas empresas pertencentes ao Grupo ArcelorMittal estavam inseridas em um contexto comercial claro em torno de reestruturação, cujo objetivo era levar a cabo com sucesso a OPA hostil na Europa e a OPA determinada pela CVM, bem como a união de esforços para o desempenho de atividades econômicas complementares, especialmente após a fusão mundial do Grupo Arcelor com o Grupo Mittal*. Informa que a constituição da Mittal BR teria tido como causas objetivas: (i) *O cumprimento de imposição regulatória, oriunda da Decisão da CVM*; (ii) *Redução da participação da Mittal NV na OPA brasileira ao mínimo possível, tendo em vista a reorganização em andamento na Europa*; (iii) *Assegurar o sucesso da OPA e o fechamento de capital da Arcelor Brasil, evento então incerto, já que muitos acionistas poderiam desejar alienar suas ações após a data do leilão, como de fato ocorreu*, e (iv) *Simplificar a realização e operacionalização da OPA, já que a sua realização no exterior tornaria o processo ainda mais custoso e de difícil operacionalização, em razão dos procedimentos de câmbio*. Discorre que a *ausência de subsidiária constituída no Brasil poderia implicar atrasos na liquidação da Oferta, tendo em vista que a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata*, e que, caso os recursos fossem ingressados diretamente do exterior para a aquisição de ações da OPA, implicaria que a Mittal NV inicialmente obteria o registro de acordo com o Regime da Resolução 2.689 e, posteriormente, migraria para o Regime de Investimento Externo Direto, mediante processo

burocrático e custoso, visto que os bancos comerciais que efetuam essa migração cobram por esse serviço, e, para comprovar o alegado anexa aos autos parecer do escritório de advocacia internacional Cleary Gotlieb Steen & Hamilton LLP, no qual conclui que, em vista da complexidade da operação e a incerteza do prazo em que ocorreria a incorporação no exterior e, conseqüentemente, a extinção da Mittal Steel NV, a alternativa que se mostrava operacionalmente mais conveniente seria a criação de uma subsidiária brasileira. Assim, entende a Impugnante que restou claramente demonstrado o propósito negocial e validade e legitimidade dos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal, todos com a devida publicidade nos órgãos competentes, sendo improcedente a tentativa da autoridade fiscal de desqualificar os efeitos.

No tópico “II.4.3 – Impossibilidade de desqualificação das operações praticadas pelo Grupo ArcelorMittal com base na acusação de empresa veículo”, discorre sobre breve contexto histórico do instituto do ágio e a legitimidade do uso de empresas de propósito específico e que, no caso concreto, não obstante a autoridade fiscal ter afirmado que “as sociedades não residentes não têm amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio”, os fatos demonstrariam que nenhuma empresa estrangeira aproveitou tal benefício, vez que tanto a Mittal BR quanto a Arcelor BR eram empresas brasileiras, regularmente constituídas e pagadoras de impostos no país. Entende a Impugnante que a análise do contexto histórico da edição da norma permissiva da dedutibilidade do ágio demonstra que o uso das empresas veículos não só não é vedado pelo sistema jurídico brasileiro, mas também incentivado, e que caso o Governo Federal tivesse interesse em impedir ou restringir a dedução fiscal da amortização do ágio poderia ter agido quando da edição da Lei nº 12.973, de 2014, o que não teria ocorrido. Aduz que o próprio E. CARF e a C. CSRF tem proferido diversas decisões – e de maneira reiterada – esclarecendo que a existência de uma “empresa veículo” não é elemento suficiente para desqualificar a validade das operações. Entende ainda pela impropriedade da qualificação da Mittal BR como empresa veículo ou como “extensão de caixa” da Mittal NV, vez que a Mittal BR não seria mera empresa veículo, tendo sua constituição ocorrido para que as obrigações impostas pela CVM não viessem a prejudicar o andamento das operações que estavam sendo carreadas no exterior. Aduz que a jurisprudência do CARF seria no sentido majoritário de se exigir a presença de três requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio: (i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e (iii) a demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura, todos efetivamente cumpridos no caso em tela. Alega que, ainda que a Fiscalização afirma que ônus financeiro da operação recaiu integralmente sobre a Mittal NV, o que a tornaria a “real adquirente” das ações da Arcelor BR. No entanto, essa não é a realidade: como já mencionado, parcela significativa desses recursos é oriunda de recursos obtidos pela Mittal BR através de contrato de empréstimo.

No tópico “II.4.4 – Legalidade das operações envolvendo incorporações às avessas”, aduz que a Fiscalização teria alegado sobre a irregularidade e descabimento da incorporação reversa, que seria interpretação *contra legem*, razão pela qual se deveria concluir pela improcedência das acusações fiscais.

No tópico “II.4.5 – A confusão patrimonial entre investidora e investida – Mittal BR como efetiva adquirente das participações da Arcelor BR”, aduz que seria incorreta a interpretação da autoridade fiscal de que a Mittal NV, empresa holandesa, seria a detentora das ações da Arcelor Brasil de 31 de dezembro de 2007. Registra que o motivo da constituição da Mittal BR decorreu, em larga proporção, do risco de interferência da oferta pública no exterior e possível da extinção da Mittal NV no curso da oferta pública brasileira, fato que acabou ocorrendo, e que, ademais, a Mittal BR tomou financiamentos relevantes (i.e., mais de R\$ 5 bilhões) de outra empresa do grupo, denominada Arcelor Investment S.A., a fim de realizar a aquisição das ações da Arcelor Brasil. Conclui a

Impugnante que o fato de os recursos terem sido obtidos via aumento de capital ou empréstimo concedido por empresas do grupo econômico da própria Mittal BR não altera a natureza jurídica da transação em questão, estando tal fato perfeitamente inserido no papel exercido pela holding desde sua criação, no ano anterior à efetiva realização da OPA. Entende que não haveria qualquer restrição legal – ou mesmo de caráter regulatório – quanto à transferência de dívida por parte do acionista controlador à empresa controlada, por meio de incorporação, tal como ocorreu em razão da reestruturação societária que resultou na transferência de dívida da Mittal BR para a Impugnante, e haveria sim restrição quanto a tal procedimento quando a empresa incorporada é de capital aberto, uma vez que tal procedimento poderia representar uma forma de transferência do ônus financeiro assumido pelo controlador para a empresa e indiretamente para seus acionistas minoritários, o que configura exercício abusivo de poder de controle (artigo 1º, inciso IV, da IN CVM nº 323/00). E conclui que, tendo sido concluído o processo de fechamento de capital junto à CVM com o controle integral de suas ações pelo Grupo ArcelorMittal, o fechamento de capital passa a ser perfeitamente legítimo, representando tão somente uma transposição de dívida entre as empresas do grupo, sem que isso viole qualquer regra vigente em nosso ordenamento jurídico. Finaliza no sentido de que seriam completamente absurdas as alegações feitas pelo TVF no sentido de que a verdadeira adquirente das ações da Impugnante na OPA seria a Mittal NV.

No tópico “II.4.6 – A parcela do ágio registrado mediante aumento de capital e operações de compra e venda também é passível de amortização”, protesta a Impugnante a respeito da interpretação da autoridade fiscal de que as parcelas de ágio registradas na Mittal BR em decorrência da integralização de capital realizada pela Mittal NV e das operações de compra e venda celebradas entre a Mittal BR e Mittal NV não seriam passíveis de amortização por terem sido realizadas “intragrupo”. Entende a Impugnante que tanto na alienação das ações da Arcelor BR realizada pela Mittal NV à Mittal BR quanto na subscrição do capital da Mittal BR por meio de dação de ações da Arcelor BR, tem-se a figura de um novo ágio, ou seja, não haveria que se falar em ágio “criado”, ante (i) ao efetivo pagamento na operação, como não se trata de operação intragrupo, (ii) ao fato de que a realização da OPA foi uma imposição da CVM e foi realizada entre partes independentes; e, (iii) à inexistência de qualquer ganho intragrupo nas transações efetuadas. Aduz que, conforme voto do conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar, inexistiria na conferência de ações, seja na compra e venda, transferência de ágio, e que, ainda que se entenda tratar de transferência de ágio, o fato é que nem assim estaria a Impugnante impedida de proceder à sua amortização. Em recente decisão proferida sob situação fática semelhante à presente, formalizada no Acórdão nº 1301-003.284, o E. CARF entendeu que é válida a transferência de ágio entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, desde que o ágio tenha sido constituído originalmente em operação realizada entre pessoas jurídicas independentes. Entende a Impugnante que o benefício fiscal de amortização do ágio seria previsto em lei em razão do plano nacional de privatizações de empresas brasileiras, das quais muitas teriam sido adquiridas por grupos de investidores estrangeiros. Assim, mesmo em relação às parcelas de ágio decorrentes de subscrição de ações e de compra e venda o ágio apurado seria válido.

No tópico “II.4.7 – Possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”, aduz a Impugnante que a interpretação literal das normas relativas ao ágio autorizaria a amortização integral do ágio apurado na aquisição do investimento, vez que a Lei 9.532/97 não faria menção ao aproveitamento do saldo contábil do ágio quando do evento de incorporação, mas sim determinaria a forma de cálculo do ágio-rentabilidade futura quando da aquisição do investimento, e menciona jurisprudência do CARF (Acórdão nº 1302-002.346 e 1401-001.901). Entende que as Leis 9.532/97 e 12.973/2014, de forma harmoniosa, assegurariam a plena amortização do ágio registrado na aquisição, de modo que não pode o intérprete estabelecer uma distinção não prevista em lei, e, por consequência, a amortização do ágio não impacta o direito ao

seu aproveitamento fiscal quando da alienação do investimento. Aduz que o mesmo se aplicaria à amortização fiscal do ágio. O ágio amortizado contabilmente previamente à incorporação não é simplesmente perdido. Ele pode ser aproveitado, seja mediante a amortização fiscal, no caso de incorporação, seja na alienação/liquidação do investimento. Tanto é assim que ele permanece registrado no LALUR do contribuinte mesmo após amortização, conforme racional pelo Acórdão nº 1401-001.902. Discorre a Impugnante sobre a desvinculação entre a amortização fiscal e a amortização contábil do ágio, mencionando o Acórdão nº 9101-002.539., para dizer que seria evidente que o ágio a ser amortizado nos termos da Lei 9.532/97 é o ágio fiscal, e não o ágio contábil, e que a amortização fiscal do ágio não é impactada pela sua amortização contábil. Entende ter sido demonstrado que o auto de infração seria também infundado em relação a esse tema, razão pela qual deveria ser cancelado.

No tópico "II.5 – DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO E SEUS REFLEXOS EM RELAÇÃO À CSLL", protesta que para a CSLL, a amortização do ágio não *suscita grandes problemas*, vez que, ao contrário do IRPJ (arts. 389 e 391 do RIR/99), inexistiria disposição legal prevendo qualquer vedação ao aproveitamento do ágio na CSLL, mencionando jurisprudência do CARF (Acórdãos nº 9101-002.310 e 1102-001.104). Aduz ainda que não haveria, *até a edição da Lei 12.973/14, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão. E, ainda que se entenda serem as normas do IRPJ extensíveis à CSLL, o que se admite somente em caráter argumentativo, a Instrução Normativa nº 390/04, que compila as normas relativas à CSLL, traz, em seu artigo 75, disposição que, a exemplo do inciso III do artigo 386 do RIR, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida.*

No tópico "II.6 – DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS SELIC SOBRE A MULTA", protesta sobre a incidência de juros de mora com base na taxa SELIC sobre a multa de ofício, que estaria em afronta ao art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996.

No pedido, requer ao Colegiado julgar procedente a impugnação para determinar o integral cancelamento das exigências fiscais consubstanciadas nos autos de infração e pela extinção do processo administrativo, e protesta pela juntada *posterior de quaisquer documentos adicionais que possam comprovar tudo o quanto foi alegado.*

[...]

3. O v. acórdão recorrido de fls. 892/966 julgou improcedente a Impugnação da Recorrente, com a consequente manutenção do lançamento, assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016

LINDB. INAPLICABILIDADE. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL.

I - O art. 24 da LINDB trata da revisão do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, no qual envolve cognição ampla e sem restrições da matéria. Por outro lado, a atividade judicante, ao exercer a missão de resolver o litígio posto pela parte, não realiza a revisão, mas sim o reexame da matéria apresentada para discussão.

II - Caso se entendesse que caberia ao julgamento a atividade de revisão, restariam esvaziados os institutos processuais construídos no sentido de se delimitar o objeto de exame na fase litigiosa. Não haveria que se falar em preclusão, matéria não impugnada, cobrança de matéria não contestada, devolução parcial, divergência, prequestionamento, mecanismos processuais previstos no Decreto

Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF) e no Regimento Interno do CARF, que trata dos julgamentos de recursos da instância ordinária e recurso extraordinário.

III - Considerando que a atividade judicante no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, consiste em efetuar o reexame da matéria devolvida, e não a revisão de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, não há repercussão do art. 24 da LINDB aos julgamentos realizados conforme o Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUTOS DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTOS DE OFÍCIO. MOTIVAÇÃO. ENQUADRAMENTO LEGAL.

Diante de lançamentos de ofício efetuados conforme revisão de ofício (art. 149 do CTN), atividade administrativo vinculada e obrigatória da autoridade fiscal (art. 142 do CTN), devidamente formalizados nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), com robusta e detalhada descrição dos fatos, motivação, fundamentação e enquadramento legal, não há que se falar em nulidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015, 2016

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ÁGIO. REPERCUSSÃO NA APURAÇÃO DO TRIBUTO EM COBRANÇA. SÚMULA.

I - Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Súmula CARF nº 116, vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

II - Caso concreto no qual a repercussão na apuração do tributo deu-se 31/12/2015 e 31/12/2016, e a ciência dos autos de infração ocorreu em 09/12/2020, trata-se de prazo inferior a cinco anos, afastando-se a decadência prevista tanto pelo art. 150, § 4º, quanto pelo art. 173, inc. I, do CTN.

JUROS DE MORA. TAXA REFERENCIAL SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4, vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Súmula CARF nº 108, vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

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). Utilização de empresa de passagem, denominada “empresa veículo” impede a consumação da hipótese de incidência do aproveitamento da despesa vez que impede a consumação do encontro patrimonial entre o investidor e o investimento. 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.

AQUISIÇÃO. ALIENANTE E ADQUIRENTE. EMPRESAS. VÍNCULO. RAZÕES ADICINAIS DE DECIDIR.

A aquisição do investimento predicada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, pressupõe operação entre adquirente e alienante sem vínculo empresarial. Não há sentido exigir posituação para explicitar que adquirente e alienante não podem ser do mesmo grupo empresarial, vez que o conceito de

aquisição envolve uma transação entre partes independentes. Alienação de investimento de uma controladora para sua controlada não é aquisição, é transferência interna de fluxo de caixa entre empresas de mesmo grupo, e por isso não se mostra apta a lastrear existência de despesa amortizável.

RESGATE DE VALORES DE ÁGIO AMORTIZADOS CONTABILMENTE E CONTROLADOS NO LALUR. NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PARA REPERCUSSÃO NA BASE TRIBUTÁRIA. RAZÕES ADICIONAIS DE DECIDIR.

Resgate de valores de ágio amortizados contabilmente em períodos anteriores controlados na parte B do LALUR mediante adição (justamente para neutralizar os efeitos tributários) para promover a exclusão de tais montantes visando a redução da base de cálculo do valor tributável não encontra respaldo na legislação tributária, vez que não consumadas nenhuma das condições previstas para o aproveitamento da despesa de amortização, em especial a alienação do investimento pela investidora ou a comunicação entre investidora e investida por meio dos eventos de fusão, cisão ou incorporação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. REPERCUSSÃO DOS AJUSTES NO LUCRO REAL PARA A BASE DE CÁLCULO DA CSLL. MOMENTOS DA EXISTÊNCIA DO INVESTIMENTO. AQUISIÇÃO. DESENVOLVIMENTO. DESFAZIMENTO.

I - Construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP). Foram delineados três momentos cruciais para o investidor: nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, assim tratados: (1º) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, (2º) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3º) e desfazimento do investimento.

II - O segundo momento operacionalizou sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. De um lado, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. De outro, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida, viabilizando-se a neutralidade do sistema e a convergência para fins fiscais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

III - A mesma premissa deve ser considerada para o primeiro (aquisição) e terceiro (desfazimento) momentos. No desfazimento, o ágio deve ser considerado na apuração da base de cálculo do ganho de capital. Na aquisição, o sobrepreço contabilizado só poderá ser objeto da amortização se ocorridas as hipóteses de aproveitamento previstas expressamente na legislação.

IV - Nítida e transparente a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos, em seus diferentes momentos: aquisição, desenvolvimento e desfazimento.

4. Em suma, após um longo arrazoado sobre o conceito, contexto histórico, hipóteses de aproveitamento do ágio, despesas de amortização e sua consolidação, entendeu a DRJ que – v. cf. fls. 951/962:

- i. A operação analisada não se amolda à hipótese de incidência da norma, vez que a "(...) pessoa jurídica investidora foi a MITTAL, controladora com sede no

exterior, de onde tiveram origem os recursos empregados na aquisição do investimento com sobrepreço (...)”;

- ii. Acrescentou que “(...) *É incontestável que foi a MITTAL que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandaram os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsaram os recursos para a aquisição (vide item IV.7 do voto). O fato de a MITTAL BR, controlada no Brasil, criada especificamente para recepcionar os recursos para a aquisição do investimento, ter participado da operação, não lhe confere a condição de investidora. Na OPA para a aquisição das ações do investimento (ARCELOR BRASIL), restou evidente que toda a coordenação do processo foi da controladora no exterior. (...)*”;
- iii. Aduziu ainda que “(...) *o real adquirente foi a controladora no exterior, MITTAL, inclusive se colocando-se como garantidora no adimplemento das obrigações de liquidação, e como a pessoa jurídica (SIC) responsável pelo pagamento do laudo de avaliação econômico-financeira do investimento (...)*”;
- iv. Asseverou que “(...) *o evento de incorporação não ocorreu entre a MITTAL e o investimento adquirido, mas sim entre a MITTAL BR e o investimento. Ou seja, deu-se sem a presença da real investidora, a MITTAL. E mais, restou demonstrado que a MITTAL BR foi uma empresa de passagem, de duração efêmera, criada especificamente para recepcionar o caixa necessário para a aquisição do investimento. Empresa criada com capital social irrisório (R\$500,00, quinhentos reais), sem receitas operacionais, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 (um anos antes das operações em debate) como inativa, sem funcionários, ou seja, uma empresa de papel (...)*”;
- v. Afirmou que “(...) *O fato de a MITTAL BR ter recebido o aporte de recursos (seja mediante caixa, ou empréstimos) da controladora no exterior MITTAL não lhe confere, na acepção dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, em nenhum momento, a condição de investidora. Tampouco restou atendido aspecto material, vez que o patrimônio da investidora, MITTAL, não se comunicou com o patrimônio da investida ARCELOR BRASIL (...)*”;
- vi. Narrou que “(...) *a circulação de recursos financeiros decorrente das operações societárias descritas ocorreu dentro das empresas do grupo econômico da ArcelorMittal. Avaliando-se a movimentação empreendida dentro do grupo econômico, o que se verifica é uma transferência de recursos entre controladora e controladas. Não há que se falar em aquisição de investimento, quando o investimento, em nenhum momento, deixou de pertencer ao grupo econômico. (...)*”; e,
- vii. Por fim, aduziu que “(...) *os valores do ágio amortizados contabilmente pela Impugnante não tinham repercussão na legislação fiscal, que estabelece condições específicas para seu aproveitamento, como já visto no presente voto, quais sejam, a alienação do investimento ou a comunicação de patrimônio entre investidor e investidora. E nenhum desses eventos se consumou, razão pela qual os valores do ágio amortizados contabilmente deveriam continuar a ser neutralizados (mediante adição no LALUR) para fins de apuração do Lucro*

Real. Assim, não encontra qualquer amparo normativo para o procedimento adotado pela Contribuinte, ao decidir "resgatar" ágios contabilmente registrados antes de incorporação prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997 (controlados na parte B do LALUR mediante adição, justamente para neutralizar os efeitos tributários vez que não consumada a hipótese de incidência) e promover a exclusão de tais montantes visando a redução da base de cálculo do valor tributável. (...)".

5. Inconformada com o v. acórdão *a quo*, a Recorrente interpôs o Recurso Voluntário de fls. 975/1045 visando sua reforma, arguindo em síntese:

(i) Em Preliminares:

(i.i) “NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE PERMITA A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS VALIDAMENTE PRATICADOS” – Afirma que “(...) o TVF não indica qualquer base legal apta à desconsideração dos atos praticados pela Recorrente, a decisão recorrida sustenta que a autuação foi satisfatoriamente fundamentada na falta de atendimento aos requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Ocorre que, para se chegar a essa conclusão, a Autoridade Fiscal se embasou em conceitos subjetivos e não positivados para desconsiderar os efeitos fiscais das operações societárias legitimamente implementadas (...)”. Complementa asseverando “(...) A RFB não tem o poder de atribuir aos atos dos contribuintes os efeitos tributários que desejar ou de modificar “a repercussão tributária dos eventos societários” da forma que melhor lhe aprouver, como acaba por sugerir a decisão recorrida (fls. 931). Ao contrário: a “repercussão tributária dos eventos societários” é determinada pela Lei e a Fiscalização deve se pautar apenas e tão somente nesta. Os negócios jurídicos legitimamente praticados geram as consequências tributárias desencadeadas por eles tal qual como implementados, não as consequências tributárias que as autoridades fiscais gostariam que tivessem ocorrido (...)”. Acrescentou que “(...) quando muito, a conduta da autoridade fiscal poderia, em um plano hipotético, tentar se legitimar a partir do parágrafo único do art. 116 do CTN, que traria norma geral anti-elisiva (SIC). Nada obstante, vale lembrar que o parágrafo único do artigo 116 do CTN é classificado como de eficácia limitada, de forma que seus efeitos dependem de edição de lei ordinária regulamentadora (...)”. Aduziu ainda que “(...) De um ponto de vista prático, o que fez a autoridade lançadora foi aplicar norma antielisiva geral não introduzida no ordenamento jurídico. A autoridade lançadora foi incapaz de indicar o dispositivo legal que embasaria a autuação (...)”. E conclui afirmando que “(...) O dever de motivar os atos administrativos (gênero no qual se incluem o ato de lançamento do crédito tributário) é tema incontroverso, dada a clareza da Lei 9.784, em especial de seu artigo 2, que estabelece o dever de as autoridades administrativas motivarem suas decisões. Aliás, o próprio Decreto 70.235, de 06 de março de 1972 (“Decreto 70.235/72”), é explícito nesse sentido, ao tratar em seu artigo 10 dos requisitos do auto de infração. Esse fato, por si só, já

demonstra a fragilidade do Auto de Infração ora impugnado, de forma que a sua nulidade resta evidenciada, independentemente de qualquer discussão de mérito. A nulidade da autuação decorre do fato de o agente fiscal não ter se desincumbido do seu ônus processual de motivar (enunciar expressamente a base legal que autoriza a aplicação de penalidade). (...);

(i.ii) “DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO” – Afirma que “(...) imprescindível que o termo inicial do prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais, de tal modo que as Autoridades Fiscais tenham o prazo de 5 anos (nos termos do artigo 150, parágrafo 4º do CTN), contado a partir daquela ocorrência, para que possa eventualmente constituir o crédito tributário ou, evitando-se, assim, que o contribuinte fique eternamente sujeito à revisão do lançamento (...). Acrescenta que “(...) o ágio é oriundo de aquisição de ações da Recorrente realizadas em 2007. Ora, considerando que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação e, portanto, ao prazo decadencial de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador (artigo 150, §4º do CTN), o termo final para a sua revisão se deu em 2012. A lavratura do Auto de Infração, todavia, ocorreu tão-somente em 2020, mais de sete anos após o decurso do prazo decadencial de análise do último ato praticado! (...)”. E concluiu aduzindo que “(...) por óbvio, não é compatível com os princípios que regem a Administração Pública interpretar as regras de decadência com finalidade de aumentar a base arrecadatória (juros, multa, etc.). Se a RFB teve conhecimento do registro do ágio por meio das declarações referentes ao ano 2007 e seguintes, por que aguardar o início da dedução fiscal para indicar que possui entendimento divergente daquele adotado pelo contribuinte? (...)”;

(ii) No Mérito:

(ii.i) “IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO NA SEARA TRIBUTÁRIA” – Afirma que o abuso de direito não é aplicável à seara tributária, e que o Acórdão nº 1302-001.182 “sustenta que o abuso de direito não é aplicável às relações jurídico-tributárias, sendo plenamente legítimo aos contribuintes organizarem-se da forma que lhe for mais conveniente, ainda que resulte em economia tributária”, e que autoridade fiscal teria ignorado a questão de competência e procurado sustentar a aplicação do artigo 187 do Código Civil como suposto fundamento legal para a autuação fiscal. Anexa aos autos parecer do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que analisou as operações envolvendo o ágio da ARCELOR, tendo registrado que “o código civil não confere à autoridade administrativa a competência discricionária reservada ao juiz. Já por esse motivo há uma ostensiva incompetência da autoridade administrativa quando se apropria do

dispositivo civil referente ao abuso de direito". Ainda, teria incorrido em erro a autoridade fiscal ao desconsiderar os efeitos fiscais decorrentes da estrutura adotada pela Recorrente, tendo em vista que o abuso de direito não seria cláusula geral que pudesse autorizar o Fisco a criar uma solução para o caso concreto sem base legal;

(ii.ii) “IMPOSSIBILIDADE DE DESQUALIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS COM BASE NA TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL”, – Aduz sobre a inexistência da figura do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro, que teria sido fundamento adotado pelas autoridades fiscais para desconsideração dos negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes. Registra que, de qualquer forma, a invalidação das operações com base na teoria do propósito negocial não se aplicaria ao caso concreto, em razão da existência de efetivo propósito negocial na constituição da Mittal BR e nos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal. Discorre que *“as operações praticadas pelas empresas pertencentes ao Grupo ArcelorMittal estavam inseridas em um contexto negocial claro em torno de reestruturação, cujo objetivo era levar a cabo com sucesso a OPA hostil na Europa e a OPA determinada pela CVM, bem como a união de esforços para o desempenho de atividades econômicas complementares, especialmente após a fusão mundial do Grupo Arcelor com o Grupo Mittal”*. Informa que a constituição da Mittal BR teria tido como causas objetivas: *“(i) O cumprimento de imposição regulatória, oriunda da Decisão da CVM; (ii) Redução da participação da Mittal NV na OPA brasileira ao mínimo possível, tendo em vista a reorganização em andamento na Europa; (iii) Assegurar o sucesso da OPA e o fechamento de capital da Arcelor Brasil, evento então incerto, já que muitos acionistas poderiam desejar alienar suas ações após a data do leilão, como de fato ocorreu, e (iv) Simplificar a realização e operacionalização da OPA, já que a sua realização no exterior tornaria o processo ainda mais custoso e de difícil operacionalização, em razão dos procedimentos de câmbio. Discorre que a ausência de subsidiária constituída no Brasil poderia implicar atrasos na liquidação da Oferta, tendo em vista que a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata”, e que, caso os recursos fossem ingressados diretamente do exterior para a aquisição de ações da OPA, implicaria que “a Mittal NV inicialmente obteria o registro de acordo com o Regime da Resolução 2.689 e, posteriormente, migraria para o Regime de Investimento Externo Direto, mediante processo burocrático e custoso, visto que os bancos comerciais que efetuam essa migração cobram por esse serviço”, e, para comprovar o alegado anexa aos autos parecer do escritório de advocacia internacional Cleary Gotlieb Steen & Hamilton LLP, no qual conclui que, “em vista da complexidade da operação e a incerteza do prazo em que ocorreria a incorporação no exterior e, conseqüentemente, a extinção da Mittal Steel NV, a alternativa que se mostrava operacionalmente mais conveniente seria a criação de uma subsidiária brasileira”. Assim, entende a Impugnante que restou claramente*

demonstrado o propósito negocial e validade e legitimidade dos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal, todos com a devida publicidade nos órgãos competentes, sendo improcedente a tentativa da autoridade fiscal de desqualificar os efeitos;

(ii.iii) “LEGITIMIDADE DO EMPREGO DE “EMPRESA VEÍCULO” E A EXISTÊNCIA DE EFETIVA “CONFUSÃO PATRIMONIAL” NAS OPERAÇÕES IMPLEMENTADAS” –

Discorre sobre breve contexto histórico do instituto do ágio e a legitimidade do uso de empresas de propósito específico e que, no caso concreto, não obstante a autoridade fiscal ter afirmado que “as sociedades não residentes não têm amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio”, os fatos demonstrariam que nenhuma empresa estrangeira aproveitou tal benefício, vez que tanto “a Mittal BR quanto a Arcelor BR eram empresas brasileiras, regularmente constituídas e pagadoras de impostos no país”. Entende a Recorrente que a “análise do contexto histórico da edição da norma permissiva da dedutibilidade do ágio demonstra que o uso das empresas veículos não só não é vedado pelo sistema jurídico brasileiro, mas também incentivado”, e que caso o Governo Federal tivesse interesse em impedir ou restringir a dedução fiscal da amortização do ágio poderia ter agido quando da edição da Lei nº 12.973, de 2014, o que não teria ocorrido. Aduz que “o próprio E. CARF e a C. CSRF tem proferido diversas decisões – e de maneira reiterada – esclarecendo que a existência de uma “empresa veículo” não é elemento suficiente para desqualificar a validade das operações. Entende ainda pela impropriedade da qualificação da Mittal BR como empresa veículo ou como “extensão de caixa” da Mittal NV, vez que a Mittal BR não seria mera empresa veículo, tendo sua constituição ocorrido para que as obrigações impostas pela CVM não viessem a prejudicar o andamento das operações que estavam sendo carreadas no exterior”. Aduz que “a jurisprudência do CARF seria no sentido majoritário de se exigir a presença de três requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio: (i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e (iii) a demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura, todos efetivamente cumpridos no caso em tela”. Alega que, ainda que “a Fiscalização afirma que ônus financeiro da operação recaiu integralmente sobre a Mittal NV, o que a tornaria a “real adquirente” das ações da Arcelor BR. No entanto, essa não é a realidade: como já mencionado, parcela significativa desses recursos é oriunda de recursos obtidos pela Mittal BR através de contrato de empréstimo”;

(ii.iv) “IMPROPRIEDADE DA QUALIFICAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMO “INTERNAS””, –

Afirma que “tanto na alienação das ações da Arcelor BR realizada pela Mittal NV à Mittal BR quanto na subscrição do capital da Mittal BR por meio de dação de ações da Arcelor BR, tem-se a figura de um novo ágio. A própria Autoridade Fiscal reconhece a figura do novo ágio, conclui erroneamente, todavia,

pela ausência do direito à sua amortização fiscal por entender que se trataria de ágio “interno””. Acrescenta que “Autoridade Fiscal se valeu do conceito de ágio interno de forma equivocada. De um ponto de vista estritamente técnico, a expressão “ágio interno” refere-se ao reconhecimento, por determinada sociedade, no seu próprio balanço, de ágio decorrente de ganho gerado em transações intragrupo. Ora, tendo em vista que se comprovou que (i) a aquisição que gerou o ágio se deu entre partes não ligadas (independentes) e que (ii) o pagamento dos valores devidos é matéria incontroversa, já de plano se percebe a também equivocada interpretação da Autoridade Fiscal quanto aos fatos analisados”;

(ii.v) “POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA INCORPORAÇÃO” – Afirma que a interpretação literal das normas relativas ao ágio autorizaria a amortização integral do ágio apurado na aquisição do investimento, vez que a Lei nº 9.532/1997 não faria “menção ao aproveitamento do saldo contábil do ágio quando do evento de incorporação, mas sim determinaria a forma de cálculo do ágio-rentabilidade futura quando da aquisição do investimento”, e menciona jurisprudência do CARF (Acórdão nº 1302-002.346 e 1401-001.901). Entende que as Leis nºs 9.532/97 e 12.973/2014, “de forma harmoniosa, assegurariam a plena amortização do ágio registrado na aquisição, de modo que não pode o intérprete estabelecer uma distinção não prevista em lei”, e, por consequência, “a amortização do ágio não impacta o direito ao seu aproveitamento fiscal quando da alienação do investimento”. Aduz que o mesmo se aplicaria “à amortização fiscal do ágio. O ágio amortizado contabilmente previamente à incorporação não é simplesmente perdido. Ele pode ser aproveitado, seja mediante a amortização fiscal, no caso de incorporação, seja na alienação/liquidação do investimento. Tanto é assim que ele permanece registrado no LALUR do contribuinte mesmo após amortização”, conforme racional do Acórdão nº 1401-001.902. Discorre a Recorrente sobre a “desvinculação entre a amortização fiscal e a amortização contábil do ágio”, mencionando o Acórdão nº 9101-002.539., para dizer que seria evidente que “o ágio a ser amortizado nos termos da Lei 9.532/97 é o ágio fiscal, e não o ágio contábil”, e que “a amortização fiscal do ágio não é impactada pela sua amortização contábil”. Entende ter sido demonstrado que os Autos de Infração seriam também “infundado em relação a esse tema”, razão pela qual deveria ser cancelado;

(ii.vi) “POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO ÁGIO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL” – Afirma que “(...) o ágio se submete a um regime de amortização fiscal específico. Nesse contexto, a dedutibilidade das despesas ora discutidas para CSLL independeria da dedutibilidade das mesmas despesas para o IRPJ (...)”. Acrescenta que “(...) especificamente no que concerne à CSLL, a amortização do ágio é sempre autorizada. Isso porque, contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade

do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Essa assertiva, vale acrescentar, aplica-se também ao período regido pelo Regime Tributário de Transição (RTT) (...). Aduziu ainda que “(...) não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. (...)”. E conclui asseverando que “(...) a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei 12.973/14 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária. Logo, fica ainda latente que não havia, até a edição da Lei 12.973/14, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão (...)”; e,

(ii.vii) “DA ILEGALIDADE DOS JUROS SOBRE A PARCELA DA MULTA” – Afirma que “(...) há que se reconhecer a improcedência da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (...)”. Acrescenta que “(...) Ao analisar, de modo geral, a prática reiteradamente realizada pelas Autoridades Fiscais na lavratura de autos de infração, verifica-se verdadeiramente usual a aplicação de juros SELIC sobre o valor da multa cobrada, em flagrante descumprimento das determinações do artigo 61 da Lei 9.430/96 (...)”. Aduz ainda que “(...) não há como pretender a incidência de juros sobre a multa de ofício, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi. Fora dessa hipótese, qualquer incidência de juros se mostra abusiva e arbitrária, por ausência de seu pressuposto de fato – reposição do numerário que deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas não ingressou pela falta do contribuinte (...)”. E conclui asseverando que “(...) destaque-se o quanto determinado pelo artigo 43 da Lei 9.430/96, cujo parágrafo único determina a incidência de juros moratórios sobre as multas e os juros exigidos isoladamente, mostrando-se inafastável concluir que não há previsão legal para a cobrança de juros de mora sobre a multa lançada de ofício nos casos que não foram abrangidos pelo artigo 43 da Lei 9.430/96 (...)”.

6. Por fim, requereu a procedência do recurso interposto “(...) declarando a nulidade do presente lançamento em razão da (i) ausência de motivação, em razão de não ter a Fiscalização apontado ou demonstrado quaisquer violações à legislação vigente em que tenha incorrido a Recorrente e (ii) decadência do direito da fiscalização de questionar as operações societárias realizadas pela Recorrente. Alternativamente, caso assim não se entenda – o que se admite tão somente por amor ao debate, digno-se julgar procedente o presente Recurso Voluntário para o fim

de determinar o integral cancelamento da exigência fiscal consubstanciada no auto de infração, extinguindo o presente processo administrativo (...)”.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Alessandro Bruno Macêdo Pinto – Relator

7. O Recurso Voluntário é tempestivo, conforme despacho de fl. 1049, bem assim preenche os pressupostos de admissibilidade, nos termos do Decreto nº 70.235/72 (PAF), razão pela qual dele conheço.
8. Cuida-se o feito de Autos de Infração para exigência de IRPJ e CSLL, incidentes sobre exclusão indevida na apuração do lucro real, decorrente de glosa de despesa de amortização de ágio, relativos aos anos-calendário de 2015 e 2016, no valor total de R\$ 173.983.161,39, acrescido de multa de ofício de 75%.
9. A Autoridade Fiscal concluiu pela ocorrência de abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), e que restou demonstrado que a MITTAL BR foi utilizada como empresa veículo para atuar *“deliberadamente como mero caixa de empresa do exterior”*, o que teria contrariado a *“finalidade econômica da atividade”* – v. cf. TVF de fl. 363.
10. Ademais, asseverou que no caso concreto, a efetiva aquisição das ações do investimento por meio de bolsa de valores com ágio deu-se por uma entidade jurídica estrangeira (controladora MITTAL), e que a controlada com sede no Brasil (MITTAL BR), seria apenas uma *“casca, uma passagem, uma extensão do caixa”* da controladora na Holanda – v. cf. TVF de fl. 393.
11. Aduziu ainda a Autoridade Fiscal que o *“espírito da lei não é beneficiar empresas do exterior que resolvam fechar o capital de empresas brasileiras listadas em Bolsa, mas sim incentivar investimentos que possam gerar maiores retornos para a sociedade, situação na qual o governo criou o incentivo através da permissão da dedutibilidade fiscal do ágio”*, bem assim que os artigos 146 e 147 do RIR/99 dispõem que são contribuintes do imposto *“as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País”* – v. cf. TVF de fl. 393.
12. Acrescentou que a ofertante expressa na OPA foi a MITTAL (MSCNV), e que por consequência não houve *“a absorção de patrimônio (“confusão patrimonial”) entre a investidora original (MSCNV) e a investida Arcelor Brasil S/A”*, não se concretizando os requisitos previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 – v. cf. TVF de fl. 395.
13. Assim, afirmou que a *“mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio”*.
14. Desta forma, o que discute-se nestes autos são as teses da *“real investidora”* e da utilização de *“empresa veículo”*.
15. A DRJ/DF (DRJ01), ao julgar a Impugnação, considerou improcedentes todos os argumentos da Recorrente, em resumo entendendo que – v. cf. fls. 951/962:

- i. A operação analisada não se amolda à hipótese de incidência da norma, vez que a “(...) *pessoa jurídica investidora foi a MITTAL, controladora com sede no exterior, de onde tiveram origem os recursos empregados na aquisição do investimento com sobrepreço (...)*”;
- ii. Acrescentou que “(...) *É incontestável que foi a MITTAL que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandaram os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsaram os recursos para a aquisição (vide item IV.7 do voto). O fato de a MITTAL BR, controlada no Brasil, criada especificamente para recepcionar os recursos para a aquisição do investimento, ter participado da operação, não lhe confere a condição de investidora. Na OPA para a aquisição das ações do investimento (ARCELOR BRASIL), restou evidente que toda a coordenação do processo foi da controladora no exterior. (...)*”;
- iii. Aduziu ainda que “(...) *o real adquirente foi a controladora no exterior, MITTAL, inclusive se colocando-se como garantidora no adimplemento das obrigações de liquidação, e como a pessoa jurídica (SIC) responsável pelo pagamento do laudo de avaliação econômico-financeira do investimento (...)*”;
- iv. Asseverou que “(...) *o evento de incorporação não ocorreu entre a MITTAL e o investimento adquirido, mas sim entre a MITTAL BR e o investimento. Ou seja, deu-se sem a presença da real investidora, a MITTAL. E mais, restou demonstrado que a MITTAL BR foi uma empresa de passagem, de duração efêmera, criada especificamente para recepcionar o caixa necessário para a aquisição do investimento. Empresa criada com capital social irrisório (R\$500,00, quinhentos reais), sem receitas operacionais, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 (um anos antes das operações em debate) como inativa, sem funcionários, ou seja, uma empresa de papel (...)*”;
- v. Afirmou que “(...) *O fato de a MITTAL BR ter recebido o aporte de recursos (seja mediante caixa, ou empréstimos) da controladora no exterior MITTAL não lhe confere, na acepção dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, em nenhum momento, a condição de investidora. Tampouco restou atendido aspecto material, vez que o patrimônio da investidora, MITTAL, não se comunicou com o patrimônio da investida ARCELOR BRASIL (...)*”;
- vi. Narrou que “(...) *a circulação de recursos financeiros decorrente das operações societárias descritas ocorreu dentro das empresas do grupo econômico da ArcelorMittal. Avaliando-se a movimentação empreendida dentro do grupo econômico, o que se verifica é uma transferência de recursos entre controladora e controladas. Não há que se falar em aquisição de investimento, quando o investimento, em nenhum momento, deixou de pertencer ao grupo econômico. (...)*”; e,
- vii. Por fim, aduziu que “(...) *os valores do ágio amortizados contabilmente pela Impugnante não tinham repercussão na legislação fiscal, que estabelece condições específicas para seu aproveitamento, como já visto no presente voto, quais sejam, a alienação do investimento ou a comunicação de patrimônio entre investidor e investidora. E nenhum desses eventos se consumou, razão*

pela qual os valores do ágio amortizados contabilmente deveriam continuar a ser neutralizados (mediante adição no LALUR) para fins de apuração do Lucro Real. Assim, não encontra qualquer amparo normativo para o procedimento adotado pela Contribuinte, ao decidir "resgatar" ágios contabilmente registrados antes de incorporação prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997 (controlados na parte B do LALUR mediante adição, justamente para neutralizar os efeitos tributários vez que não consumada a hipótese de incidência) e promover a exclusão de tais montantes visando a redução da base de cálculo do valor tributável. (...)".

16. Em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente reiterou os argumentos trazidos na Impugnação, requerendo ao final a declaração de (...) nulidade do presente lançamento em razão da (i) ausência de motivação, em razão de não ter a Fiscalização apontado ou demonstrado quaisquer violações à legislação vigente em que tenha incorrido a Recorrente e (ii) decadência do direito da fiscalização de questionar as operações societárias realizadas pela Recorrente. Alternativamente, caso assim não se entenda – o que se admite tão somente por amor ao debate, digno-se julgar procedente o presente Recurso Voluntário para o fim de determinar o integral cancelamento da exigência fiscal consubstanciada no auto de infração, extinguindo o presente processo administrativo (...)"

17. **Das Preliminares de "NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE PERMITA A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS VALIDAMENTE PRATICADOS" e de "DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO"**.

17.1 Afirma a Recorrente, em síntese, **na primeira preliminar** que "(...) o TVF não indica qualquer base legal apta à desconsideração dos atos praticados pela Recorrente, a decisão recorrida sustenta que a autuação foi satisfatoriamente fundamentada na falta de atendimento aos requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Ocorre que, para se chegar a essa conclusão, a Autoridade Fiscal se embasou em conceitos subjetivos e não positivados para desconsiderar os efeitos fiscais das operações societárias legitimamente implementadas (...)"

17.2 Complementa asseverando "(...) A RFB não tem o poder de atribuir aos atos dos contribuintes os efeitos tributários que desejar ou de modificar "a repercussão tributária dos eventos societários" da forma que melhor lhe aprouver, como acaba por sugerir a decisão recorrida (fls. 931). Ao contrário: a "repercussão tributária dos eventos societários" é determinada pela Lei e a Fiscalização deve se pautar apenas e tão somente nesta. Os negócios jurídicos legitimamente praticados geram as consequências tributárias desencadeadas por eles tal qual como implementados, não as consequências tributárias que as autoridades fiscais gostariam que tivessem ocorrido (...)"

17.3 Acrescentou que "(...) quando muito, a conduta da autoridade fiscal poderia, em um plano hipotético, tentar se legitimar a partir do parágrafo único do art. 116 do CTN, que traria norma geral anti-elisiva (SIC). Nada obstante, vale lembrar que o parágrafo único do artigo 116 do CTN é classificado como de eficácia limitada, de forma que seus efeitos dependem de edição de lei ordinária regulamentadora (...)"

17.4 Aduziu ainda que "(...) De um ponto de vista prático, o que fez a autoridade lançadora foi aplicar norma antielisiva geral não introduzida no ordenamento jurídico. A autoridade lançadora foi incapaz de indicar o dispositivo legal que embasaria a autuação (...)"

17.5 E conclui afirmando que “(...) *O dever de motivar os atos administrativos (gênero no qual se incluem o ato de lançamento do crédito tributário) é tema incontroverso, dada a clareza da Lei 9.784, em especial de seu artigo 2, que estabelece o dever de as autoridades administrativas motivarem suas decisões. Aliás, o próprio Decreto 70.235, de 06 de março de 1972 (“Decreto 70.235/72”), é explícito nesse sentido, ao tratar em seu artigo 10 dos requisitos do auto de infração. Esse fato, por si só, já demonstra a fragilidade do Auto de Infração ora impugnado, de forma que a sua nulidade resta evidenciada, independentemente de qualquer discussão de mérito. A nulidade da autuação decorre do fato de o agente fiscal não ter se desincumbido do seu ônus processual de motivar (enunciar expressamente a base legal que autoriza a aplicação de penalidade). (...)*”.

17.6 Com relação a **segunda preliminar**, assevera que “(...) *imprescindível que o termo inicial do prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais, de tal modo que as Autoridades Fiscais tenham o prazo de 5 anos (nos termos do artigo 150, parágrafo 4º do CTN), contado a partir daquela ocorrência, para que possa eventualmente constituir o crédito tributário ou, evitando-se, assim, que o contribuinte fique eternamente sujeito à revisão do lançamento (...)*”.

17.7 Acrescenta que “(...) *o ágio é oriundo de aquisição de ações da Recorrente realizadas em 2007. Ora, considerando que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação e, portanto, ao prazo decadencial de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador (artigo 150, §4º do CTN), o termo final para a sua revisão se deu em 2012. A lavratura do Auto de Infração, todavia, ocorreu tão-somente em 2020, mais de sete anos após o decurso do prazo decadencial de análise do último ato praticado! (...)*”.

17.8 E concluiu aduzindo que “(...) *por óbvio, não é compatível com os princípios que regem a Administração Pública interpretar as regras de decadência com finalidade de aumentar a base arrecadatória (juros, multa, etc.). Se a RFB teve conhecimento do registro do ágio por meio das declarações referentes ao ano 2007 e seguintes, por que aguardar o início da dedução fiscal para indicar que possui entendimento divergente daquele adotado pelo contribuinte? (...)*”;

17.9 Como é sabido, as hipóteses de nulidade de atos, termos, despachos e decisões, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, estão disciplinadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

17.10 Logo, não verificando-se a ocorrência de qualquer das hipóteses supramencionadas nos autos, os quais cingem-se à incompetência do agente e preterição do direito de defesa, não há que se falar em nulidade.

17.11 Ademais disso, é importante ressaltar que há elementos formais fundamentais para cada tipo de autuação, cuja falta também poderia resultar no reconhecimento da nulidade do ato administrativo de cobrança, pois isso prejudicaria a defesa.

17.12 Para o Auto de Infração, estes requisitos constam do artigo 10, incisos I a VI, do Decreto nº 70.235/72 (PAF). Desta feita, ao contrário do alegado pela Recorrente, o lançamento em tela atende a todos os requisitos legais de validade, de modo que não há qualquer sinal de nulidade apto a ser suscitado.

17.13 Bem assim, a competência do auditor para proceder ao lançamento advém do artigo 142 do Código Tributário Nacional-CTN, lei formalmente ordinária, porém com força de lei complementar.

17.14 Assim sendo, verifico que a Autoridade Fiscal discriminou de forma clara e precisa os fatos geradores da obrigação no TVF de fls. 355/407, com 53 páginas, descrevendo claramente seu motivo para autuação consistente na despesa supostamente indedutível do ágio.

17.15 Tanto é verdade que a Recorrente pôde se defender de todos os fundamentos utilizados pela fiscalização, ou seja, no curso da ação fiscal foi assegurado a Recorrente o pleno exercício do seu direito ao contraditório e a ampla defesa, constitucionalmente garantido aos litigantes em processo administrativo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da CF/88.

17.16 De outro lado, com relação à alegada decadência, trata-se de matéria já sumulada no âmbito deste Egrégio Conselho, qual seja, a Súmula CARF nº 116 que assim dispõe:

Súmula CARF nº 116

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

17.17 Em outras palavras, somente se pode falar em contagem do prazo decadencial após a ocorrência dos fatos geradores, não importando a data da contabilização dos fatos passados que possam ter repercussão futura.

17.18 Desta forma, a alegação da Recorrente de que o ágio oriundo da aquisição das ações da ARCELOR BR seria referente ao ano-calendário de 2007, e no caso do IRPJ e CSLL, tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o termo final para a revisão do lançamento teria ocorrido em 2012, enquanto a lavratura dos autos de infração deu-se tão somente em dezembro de 2020, mais de sete anos após o decurso do prazo decadencial, não merece prosperar.

17.19 Pois, deve-se tomar como referência a efetiva repercussão da despesa tributária na base de cálculo do tributo apurado. No caso, o aproveitamento do ágio deu-se para os fatos geradores de IRPJ e CSLL de 31/12/2015 e 31/12/2016 (apuração anual), momento qualificado pelo ordenamento jurídico para delimitar a contagem do prazo decadencial. E a ciência dos autos de infração deu-se em 09/12/2020.

17.20 Logo, também não assiste razão à Recorrente, ainda que se aplicasse a contagem mais favorável, ou seja, a do artigo 150, § 4º do CTN, pois o termo inicial do fato gerador mais

favorável ocorreu no dia 31/12/2015, e a ciência dos lançamentos de ofício aconteceu em 09/12/2020, assim sendo, antes do prazo decadencial.

17.21 Portanto, **rejeito todas as preliminares**, tendo em vista que os Autos de Infração são válidos, não havendo que se falar em nulidades.

18. **Passo a análise das questões de mérito.**

19. Aduz a Recorrente, em suma, que:

(i) **“IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO NA SEARA TRIBUTÁRIA”** – Afirma que o abuso de direito não é aplicável à seara tributária, e que o Acórdão nº 1302-001.182 *“sustenta que o abuso de direito não é aplicável às relações jurídico-tributárias, sendo plenamente legítimo aos contribuintes organizarem-se da forma que lhe for mais conveniente, ainda que resulte em economia tributária”*, e que autoridade fiscal teria ignorado a questão de competência e procurado sustentar a aplicação do artigo 187 do Código Civil como suposto fundamento legal para a autuação fiscal. Anexa aos autos parecer do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que analisou as operações envolvendo o ágio da ARCELOR, tendo registrado que *“o código civil não confere à autoridade administrativa a competência discricionária reservada ao juiz. Já por esse motivo há uma ostensiva incompetência da autoridade administrativa quando se apropria do dispositivo civil referente ao abuso de direito”*. Ainda, teria incorrido em erro a autoridade fiscal ao desconsiderar os efeitos fiscais decorrentes da estrutura adotada pela Recorrente, tendo em vista que o abuso de direito não seria cláusula geral que pudesse autorizar o Fisco a criar uma solução para o caso concreto sem base legal;

(ii) **“IMPOSSIBILIDADE DE DESQUALIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS COM BASE NA TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL”**, – Aduz sobre a inexistência da figura do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro, que teria sido fundamento adotado pelas autoridades fiscais para desconsideração dos negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes. Registra que, de qualquer forma, a invalidação das operações com base na teoria do propósito negocial não se aplicaria ao caso concreto, em razão da existência de efetivo propósito negocial na constituição da Mittal BR e nos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal. Discorre que *“as operações praticadas pelas empresas pertencentes ao Grupo ArcelorMittal estavam inseridas em um contexto negocial claro em torno de reestruturação, cujo objetivo era levar a cabo com sucesso a OPA hostil na Europa e a OPA determinada pela CVM, bem como a união de esforços para o desempenho de atividades econômicas complementares, especialmente após a fusão mundial do Grupo Arcelor com o Grupo Mittal”*. Informa que a constituição da Mittal BR teria tido como causas objetivas: *“(i) O cumprimento de imposição regulatória, oriunda da Decisão da CVM; (ii) Redução da participação da Mittal NV na OPA brasileira ao mínimo*

possível, tendo em vista a reorganização em andamento na Europa; (iii) Assegurar o sucesso da OPA e o fechamento de capital da Arcelor Brasil, evento então incerto, já que muitos acionistas poderiam desejar alienar suas ações após a data do leilão, como de fato ocorreu, e (iv) Simplificar a realização e operacionalização da OPA, já que a sua realização no exterior tornaria o processo ainda mais custoso e de difícil operacionalização, em razão dos procedimentos de câmbio. Discorre que a ausência de subsidiária constituída no Brasil poderia implicar atrasos na liquidação da Oferta, tendo em vista que a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata”, e que, caso os recursos fossem ingressados diretamente do exterior para a aquisição de ações da OPA, implicaria que “a Mittal NV inicialmente obteria o registro de acordo com o Regime da Resolução 2.689 e, posteriormente, migraria para o Regime de Investimento Externo Direto, mediante processo burocrático e custoso, visto que os bancos comerciais que efetuam essa migração cobram por esse serviço”, e, para comprovar o alegado anexa aos autos parecer do escritório de advocacia internacional Cleary Gotlieb Steen & Hamilton LLP, no qual conclui que, “em vista da complexidade da operação e a incerteza do prazo em que ocorreria a incorporação no exterior e, conseqüentemente, a extinção da Mittal Steel NV, a alternativa que se mostrava operacionalmente mais conveniente seria a criação de uma subsidiária brasileira”. Assim, entende a Impugnante que restou claramente demonstrado o propósito negocial e validade e legitimidade dos atos praticados pelo Grupo ArcelorMittal, todos com a devida publicidade nos órgãos competentes, sendo improcedente a tentativa da autoridade fiscal de desqualificar os efeitos;

(iii) “LEGITIMIDADE DO EMPREGO DE “EMPRESA VEÍCULO” E A EXISTÊNCIA DE EFETIVA “CONFUSÃO PATRIMONIAL” NAS OPERAÇÕES IMPLEMENTADAS” –

Discorre sobre breve contexto histórico do instituto do ágio e a legitimidade do uso de empresas de propósito específico e que, no caso concreto, não obstante a autoridade fiscal ter afirmado que “as sociedades não residentes não têm amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio”, os fatos demonstrariam que nenhuma empresa estrangeira aproveitou tal benefício, vez que tanto “a Mittal BR quanto a Arcelor BR eram empresas brasileiras, regularmente constituídas e pagadoras de impostos no país”. Entende a Recorrente que a “análise do contexto histórico da edição da norma permissiva da dedutibilidade do ágio demonstra que o uso das empresas veículos não só não é vedado pelo sistema jurídico brasileiro, mas também incentivado”, e que caso o Governo Federal tivesse interesse em impedir ou restringir a dedução fiscal da amortização do ágio poderia ter agido quando da edição da Lei nº 12.973, de 2014, o que não teria ocorrido. Aduz que “o próprio E. CARF e a C. CSRF tem proferido diversas decisões – e de maneira reiterada – esclarecendo que a existência de uma “empresa veículo” não é elemento suficiente para desqualificar a validade das operações. Entende ainda pela impropriedade da qualificação da Mittal BR como empresa veículo ou como “extensão de caixa” da

Mittal NV, vez que a Mittal BR não seria mera empresa veículo, tendo sua constituição ocorrido para que as obrigações impostas pela CVM não viessem a prejudicar o andamento das operações que estavam sendo carreadas no exterior”. Aduz que “a jurisprudência do CARF seria no sentido majoritário de se exigir a presença de três requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio: (i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e (iii) a demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura, todos efetivamente cumpridos no caso em tela”. Alega que, ainda que “a Fiscalização afirma que ônus financeiro da operação recaiu integralmente sobre a Mittal NV, o que a tornaria a “real adquirente” das ações da Arcelor BR. No entanto, essa não é a realidade: como já mencionado, parcela significativa desses recursos é oriunda de recursos obtidos pela Mittal BR através de contrato de empréstimo”;

(iv) “IMPROPRIEDADE DA QUALIFICAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMO “INTERNAS””, – Afirma que “tanto na alienação das ações da Arcelor BR realizada pela Mittal NV à Mittal BR quanto na subscrição do capital da Mittal BR por meio de dação de ações da Arcelor BR, tem-se a figura de um novo ágio. A própria Autoridade Fiscal reconhece a figura do novo ágio, conclui erroneamente, todavia, pela ausência do direito à sua amortização fiscal por entender que se trataria de ágio “interno”. Acrescenta que “Autoridade Fiscal se valeu do conceito de ágio interno de forma equivocada. De um ponto de vista estritamente técnico, a expressão “ágio interno” refere-se ao reconhecimento, por determinada sociedade, no seu próprio balanço, de ágio decorrente de ganho gerado em transações intragrupo. Ora, tendo em vista que se comprovou que (i) a aquisição que gerou o ágio se deu entre partes não ligadas (independentes) e que (ii) o pagamento dos valores devidos é matéria incontroversa, já de plano se percebe a também equivocada interpretação da Autoridade Fiscal quanto aos fatos analisados”;

(v) “POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA INCORPORAÇÃO” – Afirma que a interpretação literal das normas relativas ao ágio autorizaria a amortização integral do ágio apurado na aquisição do investimento, vez que a Lei nº 9.532/1997 não faria “menção ao aproveitamento do saldo contábil do ágio quando do evento de incorporação, mas sim determinaria a forma de cálculo do ágio-rentabilidade futura quando da aquisição do investimento”, e menciona jurisprudência do CARF (Acórdão nº 1302-002.346 e 1401-001.901). Entende que as Leis nºs 9.532/97 e 12.973/2014, “de forma harmoniosa, assegurariam a plena amortização do ágio registrado na aquisição, de modo que não pode o intérprete estabelecer uma distinção não prevista em lei”, e, por consequência, “a amortização do ágio não impacta o direito ao seu aproveitamento fiscal quando da alienação do investimento”. Aduz que o

mesmo se aplicaria “à amortização fiscal do ágio. O ágio amortizado contabilmente previamente à incorporação não é simplesmente perdido. Ele pode ser aproveitado, seja mediante a amortização fiscal, no caso de incorporação, seja na alienação/liquidação do investimento. Tanto é assim que ele permanece registrado no LALUR do contribuinte mesmo após amortização”, conforme racional do Acórdão nº 1401-001.902. Discorre a Recorrente sobre a “desvinculação entre a amortização fiscal e a amortização contábil do ágio”, mencionando o Acórdão nº 9101-002.539., para dizer que seria evidente que “o ágio a ser amortizado nos termos da Lei 9.532/97 é o ágio fiscal, e não o ágio contábil”, e que “a amortização fiscal do ágio não é impactada pela sua amortização contábil”. Entende ter sido demonstrado que os Autos de Infração seriam também “infundado em relação a esse tema”, razão pela qual deveria ser cancelado;

(vi) “POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO ÁGIO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL” –

Afirma que “(...) o ágio se submete a um regime de amortização fiscal específico. Nesse contexto, a dedutibilidade das despesas ora discutidas para CSLL independeria da dedutibilidade das mesmas despesas para o IRPJ (...)”. Acrescenta que “(...) especificamente no que concerne à CSLL, a amortização do ágio é sempre autorizada. Isso porque, contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Essa assertiva, vale acrescentar, aplica-se também ao período regido pelo Regime Tributário de Transição (RTT) (...)”. Aduziu ainda que “(...) não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. (...)”. E conclui asseverando que “(...) a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei 12.973/14 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária. Logo, fica ainda latente que não havia, até a edição da Lei 12.973/14, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão (...)”; e,

(vii) “DA ILEGALIDADE DOS JUROS SOBRE A PARCELA DA MULTA” –

Afirma que “(...) há que se reconhecer a improcedência da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (...)”. Acrescenta que “(...) Ao analisar, de modo geral, a prática reiteradamente realizada pelas Autoridades Fiscais na lavratura de autos de infração, verifica-se verdadeiramente usual a aplicação de juros SELIC sobre o valor

da multa cobrada, em flagrante descumprimento das determinações do artigo 61 da Lei 9.430/96 (...). Aduz ainda que “(...) não há como pretender a incidência de juros sobre a multa de ofício, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi. Fora dessa hipótese, qualquer incidência de juros se mostra abusiva e arbitrária, por ausência de seu pressuposto de fato – reposição do numerário que deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas não ingressou pela falta do contribuinte (...)”. E conclui asseverando que “(...) destaque-se o quanto determinado pelo artigo 43 da Lei 9.430/96, cujo parágrafo único determina a incidência de juros moratórios sobre as multas e os juros exigidos isoladamente, mostrando-se inafastável concluir que não há previsão legal para a cobrança de juros de mora sobre a multa lançada de ofício nos casos que não foram abrangidos pelo artigo 43 da Lei 9.430/96 (...)”.

20. Pois bem.

21. A matéria é amplamente controvertida e ainda não está pacificada no âmbito deste Egrégio Conselho, qual seja, a possibilidade de dedução do ágio com a utilização de “empresa veículo”.

22. Porém, a operação societária do caso em comento já foi analisada por diversos julgadores das DRJ's e deste Conselho [1ª Seção / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (1201); 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária (1402); 1ª Seção / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária (1302); e CSRF / 1ª Turma por quatro vezes], nos autos dos **Processos Administrativos nºs 16643.720041/2011-51** (ágio relativo aos anos-base de 2006 e 2007), **10600.720035/2013-86** (ágio relativo aos anos-base de 2008 e 2009), **10600.720031/2016-41** (ágio relativo aos anos-base de 2011 e 2012) e 10600.720073/2018-43 (ágio relativo aos anos-base de 2013 e 2014), obviamente em várias composições, chegando-se ao mesmo resultado, qual seja, a dedutibilidade do ágio na 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

23. *Ab initio*, importante esclarecer que a opção do contribuinte pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

24. Olhar de maneira pejorativa a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura poder ser praticado.

25. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, que não é o caso dos autos.

26. Coaduno com a corrente que entende que se a *holding* era necessária para a operação e havia propósito negocial, o ágio é dedutível.

27. Logo, a controvérsia nestes autos cinge-se à existência ou não de artificialismo nas operações societárias realizadas, para o fim de se considerar amortizável o ágio.

28. Com efeito, adoto como razões de decidir as externadas no Acórdão nº **9101-006.381, da CSRF / 1ª Turma**, sessão do dia 06 de dezembro de 2022, de relatoria da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, contudo, restou vencida e foi designado para redigir o voto vencedor o i. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, por quatro vezes (quantidade de ocasiões em que a operação chegou à Câmara Superior, sendo utilizado o mesmo voto condutor) – v. cf. Acórdãos nºs 9101-006.894 (03 de abril de 2024), 9101-006.381 (06 de dezembro de 2022), 9101-006.895 (03 de abril de 2024) e 9101-006.991 (04 de junho de 2024) –, tal como abaixo transcritas, que ora ficam confirmadas, nos termos do artigo 50, inciso V e § 1º, da Lei nº 9.784/1999¹ c/c artigo 114, § 12, inciso I, do Novo Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023².

[...] Fui designado para expor as razões que levaram a maioria do Colegiado dar provimento ao recurso especial da contribuinte, de modo a afastar os lançamentos de IRPJ e CSLL sobre a glosa da dedução de ágios e sobre os lucros provenientes das investidas localizadas na Argentina e Holanda.

Por questões de objetividade e clareza, o presente voto vencedor será segregado em tópicos.

I. Da amortização do ágio por intermédio de empresa-veículo

O I. Relator votou por manter a glosa do ágio por dois fundamentos: **(i)** pela *artificialidade* da *empresa veículo* (MSBP), que na verdade acabou sendo *desqualificada* em face da sua participação na estrutura de aquisição de participação societária ter sido tomada como *ineficaz*; e **(ii)** ante a *ausência de confusão patrimonial* entre a *real investidora*, considerada a empresa estrangeira MITTAL STEEL, e a *investida* (ArcelorBR), “confusão patrimonial” esta aferida com base na análise do fluxo financeiro dos recursos empregados na aquisição do investimento em tela e tida como pressuposto legal para a amortização fiscal do ágio.

Mais precisamente, nas palavras do I. Relator:

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação do investimento, mas sim da empresa MSBP, denominada como “empresa-veículo”. Não esteve presente a investidora, MITTAL STEEL, **aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item II.1.7 do voto).

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

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

V - decidam recursos administrativos;

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

² Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

[...]

§ 12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida.

A utilização da empresa MSBP tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, vez que afastou a empresa investidora do evento de incorporação.

Ainda, não se pode deixar de registrar a artificialidade da MSBP, empresa de fachada, sem funcionários, de existência efêmera, desvirtuando por completo o instituto da pessoa jurídica. (...)

Pois bem.

Da artificialidade da operação

Acerca da *desqualificação* da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base nos critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da ocorrência ou não de **simulação**, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, do CTN, abaixo transcrito, permite a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação. Confira-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para *requalificar* atos ou negócios jurídicos quando caracterizada a *simulação*.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como hipótese que permite a requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Nesse ponto, não se pode perder de vista, primeiramente, que o Governo buscou assim proceder, pretendendo “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/200226. No entanto, esse dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Ademais, cumpre notar que também não existe nenhuma lei *antielisiva* que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais.

É a *simulação*, portanto, que figura como uma espécie de *divisor de águas* na busca natural e legítima de economia tributária em operações societárias que implementam os chamados planejamentos tributários, dentre eles a aquisição de investimentos com participação de *holdings* para aproveitamento fiscal imediato do respectivo ágio.

Apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nessas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), estaremos diante de hipótese de *elisão fiscal*, isto é, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade, de modo a preservar a eficácia dos atos e negócios tal como formalizados.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.*

Ocorre que, como aponta o professor Sérgio André Rocha:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

A *simulação* pode comparar-se a um *fantasma*, a *dissimulação* a uma *máscara*. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, também conferindo o aspecto subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradecaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a *contradecaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade.

Nesse contexto, fato é que a limitação ou restrição de um conceito exclusivamente subjetivo de simulação passou a ser colocada em xeque, o que levou ao *desenvolvimento* da dita teoria objetivista (ou teoria causalista) na busca de um conceito objetivo de simulação.

Francesco Carnelutti foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

Sob esse viés, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, pois, equivale às *conseqüências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Na visão de Orlando Gomes, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

E segundo Emílio Betti, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação, objetivamente considerada.

Para Heleno Tavares Torres:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à “função prática” do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Segundo seu magistério:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167, *in verbis*:

Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados. *grifamos*

Tal, então, como positivado e integrado com os demais dispositivos legais, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva ocorrência do fato gerador e identificar a correta matéria tributável, o instituto da simulação no Brasil, enquanto limitadora de planejamentos fiscais, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista* e *causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, podendo, portanto, requalificar juridicamente os fatos declarados desde que prove a existência de uma *mentira consciente* ou desde que demonstre haver uma *desconformidade* do ato/negócio praticado com sua respectiva *finalidade jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência ao *negócio jurídico simulado*,

enunciou três diferentes hipóteses de simulação no seu parágrafo primeiro. Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

- (i) a *simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);
- (ii) a *simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e
- (iii) a *simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

Para esse caso concreto, no qual se alega artificialidade da *empresa veículo*, não se pode perder de vista que, quando o art. 167, §1º, I, prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, ele evidentemente repudia a *interposição fictícia* (ou *fraudulenta*).

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, ainda que em interesse e por conta e ordem de *outrem*, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura como “laranja”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões, portanto, que se colocam para aferir a dita *artificialidade* ou *simulação* da estrutura ora analisada, especificamente na interposição de pessoa jurídica como forma de adquirir investimentos no Brasil são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da MSBP, pode, aos olhos jurídicos, receber recursos de sua controladora no exterior para adquirir investimento com ágio e, em seguida, ser extinta por incorporação? Uma *empresa veículo* constituída exclusivamente para esta finalidade possui *causa jurídica*?

As respostas a meu ver são positivas. Senão, vejamos:

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos de holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76**. Confira-se:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.** *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, cuja *causa jurídica* ou *finalidade sócia*, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário, então, de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Na linha do que apontou Charles William McNaughton:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, **objeto**, sede e **prazo**”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

Como bem notou Edmar Oliveira Andrade Filho:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Nota-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e

administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio.

Não há, no plano jurídico, nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo* MSBP. E qual foi a sua finalidade? Foi a de instrumentalizar, no Brasil, a aquisição do referido investimento com ágio, de modo também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal após sua extinção mediante *incorporação reversa*.

O § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76, repita-se, reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que a meu ver tem o condão de legitimar o uso de uma *holding* nesse tipo de operação.

Trata-se a MSBP, pois, de uma *holding* com fins específicos, cuja *existência* restou provada a partir de seus atos constitutivos e cuja finalidade jurídica restou observada quando do desempenho de seu objeto social, qual seja, a aquisição e detenção de participação em outra sociedade (no caso a investida ArcelorBR), pouco importando, para o que se espera desse tipo jurídico e societário, a sua curta duração e inexistência de funcionários.

Ademais, nesse caso concreto ainda chama atenção a circunstância de que foi a própria CVM que determinou o lançamento de uma OPA em relação às ações da ArcelorBR. Para tanto, a controladora estrangeira, seguindo prática de mercado, constituiu a MSBP por meio de subscrição dos recursos necessários à aquisição, tendo esta *holding* adquirido em nome próprio a participação societária da MittalBR, inclusive na qualidade de *ofertante* da OPA.

Não há, assim, que se falar em *artificialidade* ou caracterização de *simulação*, de modo que, em sentido oposto ao do Conselheiro Relator, a geração do ágio na *holding* MSBP é eficaz, devendo produzir efeitos.

Da ausência de *confusão patrimonial* entre a *real adquirente* e a empresa investida

O I. Relator, considerando que como os recursos utilizados para pagamento do preço foram transferidos da controladora domiciliada no exterior para a *holding*, o *real adquirente* seria a controladora, e não a MSBP (*empresa veículo*). Em razão, então, do fluxo financeiro, e sob a premissa de que a norma fiscal vigente (artigo 7º e 8º da Lei 9.532/1997) condicionaria a dedução fiscal do ágio à *confusão patrimonial* entre *real adquirente* e *investida*, concluiu que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, a existência de dois “detalhes” da maior relevância, quais sejam: (i) não houve *simulação* (ou *artificialidade*) da MSBP, conforme visto no tópico anterior; e (ii) a *rastreabilidade da origem* dos recursos é irrelevante para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária* em caso semelhante, o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da

dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.**

Todavia, o atuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie (SIC) é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o atuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*⁴⁷, realmente essa tese não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos empregados na aquisição pela *holding*.*

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou a de proibir a *nacionalização* do ágio, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito e de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Em outras palavras, a utilização da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.*

Como bem observado no Acórdão nº **1301-000.999**:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de

investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria a controladora estrangeira em razão da *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital), com a devida vênia, permitiria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, autorizando-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não se sustenta.

Cai como uma luva, aqui, o *alerta* do Sr. Ministro Gurgel de Faria, em voto-vista proferido no STJ nos autos do AgResp 511.736: *em atenção à separação de poderes, não me parece possível que prevaleça a regra criada pelo próprio credor (Receita Federal), a quem competia apenas aplicar ou no máximo regulamentar as normas já criadas.*

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também não merece ser acolhida em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro* prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62, *in verbis*:

Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Ainda que o *capital* usado na aquisição tenha passado da pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, esse fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito à amortização fiscal do ágio não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/9748, mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital) dos recursos utilizados na compra inclusive conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano, *a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.*

Posto isso, forçoso concluir que a tese do *real adquirente* ou da *ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida* não encontra amparo na legislação de regência, devendo o acórdão recorrido ser reformado de modo a afastar a glosa da dedução do *ágio ARCELOR BRASIL*.

[...]

29. Deste modo, constatou-se o cumprimento de todos os requisitos para que a Recorrente pudesse aproveitar a benesse legislativa de deduzir as despesas com a amortização do *ágio* das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de acordo com os artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, quais sejam:

1. Ocorrência de evento de absorção de patrimônio de uma empresa por outra — via incorporação, fusão ou cisão —, na qual já existisse, anteriormente, investimento feito com *ágio* suportado;
2. Registro do referido *ágio*, pela investidora, em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe dera causa;
3. Amortização em resultados tributáveis apurados posteriormente a evento de incorporação, fusão ou cisão, à razão máxima de 1/60 por mês;
4. Custo de aquisição, incluído o *ágio*, efetivamente suportado (pago) pela empresa investidora e/ou adquirente; e,
5. Demonstração da fundamentação econômica desse *ágio*, baseada em expectativa de rentabilidade futura (geralmente mediante laudo).

30. Como é cediço, até o advento da Lei nº 12.973/2014, o *ágio* fiscal era definido como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição, nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

31. Todavia, com a promulgação da Lei nº 12.973/2014, o artigo 20 passou a ter a seguinte redação:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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 - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

III - ***ágio por rentabilidade futura (goodwill)***, que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

32. Destarte, o entendimento mais apropriado caminha no sentido de que a utilização de “empresa veículo” em uma operação legítima e com fundamento econômico não pode, por si só, ser um impedimento à amortização fiscal do *ágio*, seja porque não havia – e continua não havendo mesmo após o advento da Lei nº 12.973/2014 – quaisquer impedimentos legais nesse sentido, seja porque o *ágio* integra o custo de aquisição do investimento e o contribuinte deve ter o direito de deduzi-lo, sob pena de violação ao princípio da renda líquida, segundo o qual as regras

de tributação do IRPJ e da CSLL devem observar o efetivo acréscimo patrimonial dos contribuintes, após as eventuais deduções aplicáveis.

33. Nesse diapasão, descaracterizar a autuação do Fisco nos casos em que os requisitos para o aproveitamento fiscal do ágio estão presentes, tais como o efetivo desembolso de valores, o fundamento econômico e a confusão patrimonial, independentemente do emprego de “empresa veículo”, é medida que se impõe.

34. Mesmo porque, do contrário do que costuma alegar o Fisco, existem sim razões comerciais para sua utilização que vão muito além da mera economia tributária, o que, como já explicado, sequer é um ato ilícito, não sendo o planejamento tributário vedado na legislação pátria, mas, sim, as operações que acarretem simulação, fraude ou outra espécie de prejuízo ao erário, que não é o caso dos autos.

35. Ressalta-se que, no caso em apreço, o maior foco das movimentações societárias não foi, ao contrário do alegado pela Autoridade Fiscal, a economia tributária, mas sim assegurar o sucesso das duas OPAs, com o menor risco de interferência entre elas.

36. Portanto, o simples fato de o contribuinte poder alcançar o mesmo resultado mediante a adoção de uma determinada forma jurídica, dentre tantas outras à sua disposição, desde que lícita, não basta para a desconsideração das operações praticadas, independentemente de se submeterem à menor carga tributária, visto que tal estratégia não configura evasão, mas sim elisão fiscal.

37. Ademais disso, não se pode ignorar que a empresa Mittal BR foi validamente constituída segundo as leis brasileiras, sendo parte de OPA regida por lei e que, até o momento da incorporação, tinha existência jurídica independente das demais empresas que constituíam o Grupo ArcelorMittal.

38. O motivo da constituição da Mittal BR foi o de evitar os riscos da oferta pública no exterior ou que a potencial extinção da Mittal NV impactasse a oferta pública brasileira. E, considerando-se que a Mittal NV foi efetivamente extinta enquanto a oferta pública brasileira estava em andamento, a ausência da Mittal BR iria efetivamente impactar a operação.

39. Outrossim, as ações da Recorrente foram adquiridas e pagas diretamente pela Mittal BR no contexto da OPA, com recursos próprios e regularmente adquiridos. A Mittal BR tomou financiamentos relevantes (mais de R\$ 5 bilhões) de outra empresa do grupo (Arcelor Investment S.A.), a fim de realizar a aquisição das ações da Arcelor Brasil.

40. Se não fosse isto, a alternativa disponível à Mittal BR seria a obtenção de um empréstimo junto a terceiros (por exemplo uma instituição financeira), o que, por razões comerciais óbvias, representaria uma opção mais onerosa.

41. De toda forma, o fato de os recursos terem sido obtidos via aumento de capital ou empréstimo concedido por empresas do grupo econômico da própria Mittal BR em nada altera a natureza jurídica da transação em questão, estando tais fatos perfeitamente inseridos no papel exercido pela *holding* desde sua criação, ocorrida no ano anterior à efetiva realização da OPA.

42. Neste mesmo sentido caminham diversas decisões deste egrégio Conselho, das quais destaco as ementas a seguir colacionadas, que nos casos referentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, afirmam que deve-se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de

modo diverso, se há outros propósitos negociais que justifiquem a constituição ou utilização de pessoa jurídica já existente com o único intuito de redução de tributos:

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

Ano-calendário: 2009

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE.

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo.

Se o Fisco não questiona a efetividade da operação ou da participação da pessoa jurídica dita “veículo”, não há base para que se trate o negócio, para fins tributários, diferente de como ele efetivamente foi praticado. (Acórdão nº 9101-006.241, CSRF / 1ª Turma, Sessão do dia 09 de agosto de 2022)

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito. **(Acórdão nº 1201-006.216, 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão do dia 19 de outubro de 2023)**

43. Ademais disso, vale destacar que pela primeira vez um tribunal superior se posicionou sobre o tema em debate, sendo, portanto, um precedente inédito e importantíssimo.

44. O acórdão foi publicado no dia 19/09/2023, tendo o Superior Tribunal de Justiça-STJ, nos autos do REsp nº 2.026.473/SC, entendido que a mera utilização de empresas-veículo, por si só e diante da ausência de dispositivo legal em contrário, não significa um impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio, conforme ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE

DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da ineditabilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

45. De acordo com o Tribunal Superior: *“(...) embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico (...)”*.

46. Acrescenta ainda que *“(...) Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo (...)”*.

47. Com efeito, a barreira para a aprovação do ágio, portanto, seria a existência de empresa veículo conjugado com a ausência de propósito negocial.

48. Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance, interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos artigos 109 e 110 do CTN, abaixo transcritos:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

49. A referência às companhias e sociedades pela Lei das S/A, que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

50. Em outras palavras, a lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

51. Ora, a lei tributária, nos casos os artigos 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8ª da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos previstos na lei comercial para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.

52. Diante deste cenário, é patente que houve uma razão de existir da *holding* MITTAL BR.

53. Noutro giro, com referência ao suposto “ágio interno”, cabe esclarecer que o entendimento adotado pela Autoridade Fiscal está equivocado, vez que tanto na alienação das ações da Arcelor BR realizada pela Mittal NV à Mittal BR, quanto na subscrição do capital da Mittal BR por meio de dação de ações da Arcelor BR, tem-se a figura de um novo ágio.

54. Nestes termos, a própria Autoridade Fiscal reconhece a figura do novo ágio, contudo, conclui erroneamente pela ausência do direito à sua amortização fiscal por entender que se trataria de “ágio interno”.

55. É sabido que a expressão “ágio interno” refere-se ao reconhecimento, por determinada sociedade, no seu próprio balanço, de ágio decorrente de ganho gerado em transações intragrupo.

56. No caso em análise, restou comprovado de modo incontroverso que **(i)** a aquisição que gerou o ágio se deu entre partes não ligadas (independentes); **(ii)** houve efetivo pagamento na operação, por não se tratar de operação intragrupo; **(iii)** a realização da OPA foi uma imposição da CVM e realizada entre partes independentes; e, **(iv)** não existiu qualquer ganho intragrupo nas transações efetuadas.

57. Portanto, o Recurso Voluntário merece provimento.

DA POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA INCORPORAÇÃO

58. Esta matéria também já foi debatida no Acórdão nº **9101-006.381, da CSRF / 1ª Turma**, sessão do dia 06 de dezembro de 2022, e nos Acórdãos nºs 9101-006.894 (03 de abril de 2024), 9101-006.895 (03 de abril de 2024) e 9101-006.991 (04 de junho de 2024), cujo voto vencedor do i. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, adoto como razões de decidir, conforme excertos abaixo:

[...] II. Da dedução fiscal de ágio já amortizado

A controvérsia diz respeito à possibilidade ou não de dedução fiscal de ágio (*ágio MJS*) que já havia sido amortizado na contabilidade.

Segundo o entendimento do Relator, *parcelas já amortizadas anteriormente a tais eventos societários encontram-se fora da moldura da norma.*

Com a devida vênia, razão não lhe assiste.

Isso porque o referido artigo 7º da Lei nº 9.532/97, ao tratar da amortização **fiscal** do ágio, não faz qualquer remissão ou menção ao conceito ou saldo contábil. Pelo contrário, este dispositivo prescreveu categoricamente que o ágio passível de dedução fiscal é aquele descrito “*na alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77*”, ou seja, a diferença positiva entre o preço do negócio e o valor patrimonial da investida.

É justamente por isso que não há reparos em relação ao procedimento adotado pela Recorrente, que corretamente registrou (e controlou), na parte B do Lalur, o ágio contábil já amortizado escrituralmente e que, por ocasião da *baixa do investimento* por incorporação, passou a aproveitá-lo fiscalmente nos termos autorizados pelo Legislador.

Com efeito, a glosa do ágio agora tratado parte de uma premissa equivocada, que confundiu seus efeitos na contabilidade com o seu tratamento tributário. Valho-me aqui do seguinte dito popular: *uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa...*

O que queremos dizer, na verdade, é que a lei tributária, ao dispor sobre a matéria, não fez nenhuma referência a eventuais lançamentos contábeis *consumidores* do ágio na escrituração, de modo que o aplicador não poderia criar condições ou limitar direitos com base em fatos puramente contábeis e ao arrepio do comando legal.

O Direito Tributário, pois, não raramente se distancia dos preceitos contábeis. Daí a necessidade da apuração do IRPJ e CSLL a partir do lucro líquido, devendo este ser ajustado pelas adições, exclusões e compensações previstas na lei, como determina o artigo 6º, do Decreto-Lei nº 1.598/77:

Art. 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

Ora, é perfeitamente normal existir despesas e/ou receitas já contabilizadas que poderão impactar o lucro real apenas no futuro e nos termos da lei. É justamente o que ocorre com a amortização fiscal do ágio.

Nesse contexto, e na linha do que expôs a Recorrente em sede de Memoriais, esse posicionamento de *autonomia* da regra fiscal de dedução do ágio fica ainda mais claro ao se considerar que, ao converter a MP 627/2014 na Lei 12.973/2014, o legislador deixou clara a possibilidade de exclusão do saldo de ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária (i.e. valor total do ágio apurado).

Também corrobora esse entendimento o fato da amortização contábil do ágio não impactar o direito à utilização dos valores amortizados na hipótese de alienação do investimento nas hipóteses em que não há incorporação. Apenas para recapitular, nos termos dos arts. 391, parágrafo único, e 426 do RIR/99, vigente à época dos fatos, o ágio compõe o custo de aquisição do investimento, ainda que já tenha sido amortizado.

Ademais, cumpre pontuar que caso fosse correta a premissa de que o ágio amortizado contabilmente antes do evento de incorporação não mais poderia ser deduzido fiscalmente, seria necessário admitir que este mesmo raciocínio se estenderia para a hipótese de deságio, o que não tem cabimento.

Enfim, como a amortização contábil do ágio não interfere no direito à sua dedução fiscal, incabível a glosa ora analisada.

[...]

59. Ademais disso, com a amortização do ágio contabilmente ou sem essa amortização, a equivalência patrimonial e a distribuição de dividendos não são tributados da mesma forma. Logo, a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal.

60. Logo, como o legislador não fez nenhuma referência a eventuais lançamentos contábeis que pudessem impactar a fruição do benefício fiscal concedido, o valor de ágio a ser aproveitado pelo contribuinte deverá corresponder à integral diferença entre o custo de aquisição

e o valor do patrimônio líquido, desde que essa diferença tenha sido fundamentada em expectativa de rentabilidade futura do investimento.

61. Em outras palavras, a legislação aplicável é clara ao afirmar que a amortização fiscal do ágio se dá sobre o ágio registrado quando da aquisição do investimento e não sobre o saldo contábil amortizado desse ágio. Não há margem para interpretação distinta. Se o legislador quisesse determinar que o valor passível de amortização é o saldo contábil do ágio, deveria ter criado comando legal nesse sentido.

62. Portanto, também merece provimento o Recurso Voluntário neste ponto.

63. **Tendo sido vencido, passo a análise da possibilidade de exclusão do ágio da base de cálculo da CSLL.**

DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO ÁGIO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

64. A Recorrente afirma que “(...) o ágio se submete a um regime de amortização fiscal específico. Nesse contexto, a dedutibilidade das despesas ora discutidas para CSLL independeria da dedutibilidade das mesmas despesas para o IRPJ (...)”.

65. Acrescenta que “(...) especificamente no que concerne à CSLL, a amortização do ágio é sempre autorizada. Isso porque, contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Essa assertiva, vale acrescentar, aplica-se também ao período regido pelo Regime Tributário de Transição (RTT) (...)”.

66. Aduziu ainda que “(...) não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. (...)”.

67. E conclui asseverando que “(...) a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei 12.973/14 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser amortizado pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária. Logo, fica ainda latente que não havia, até a edição da Lei 12.973/14, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão (...)”.

68. Primeiramente, cabe esclarecer que o provimento da matéria, isto é, o cancelamento da CSLL sobre as infrações dos ágios, acabou se dando como mero reflexo da decisão proferida no lançamento principal do IRPJ (possibilidade de dedução das despesas com ágio).

69. Assim sendo, importante frisar que não há que se falar em “a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL” como pretende a Recorrente, vez que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) tem como fundamento constitucional o artigo 195, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, o qual prevê a incidência da contribuição social sobre o lucro do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei.

70. No plano infraconstitucional, a CSLL está disciplinada pela Lei nº 7.689/88, que em seu artigo 2º determina que a base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

71. Nessa toada, considerando essa relação de proximidade entre a CSLL e o IRPJ no tocante ao fato gerador e base de cálculo, o legislador ordinário, por meio da Lei nº 8.891/1991 estabeleceu no artigo 57 que:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

72. Outrossim, o artigo 28 da Lei nº 9.430/1996 assim dispõe:

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24-B, 26, 55 e 71.

73. Por sua vez, ao regulamentar as leis que disciplinaram a CSLL, a Receita Federal do Brasil consolidou a regra prevista no dispositivo acima transcrito, nos artigos 3º e 75 da IN SRF nº 390/2004, que assim dispõem:

Art. 3º Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e, no que couberem, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

[...]

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

b) deduzido como perda, se ágio, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa;

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possessão, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

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

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica.

74. Desta forma, não se sustenta o argumento de que não existe previsão normativa no tocante à contribuição. Ainda que leis posteriores não tenham feito ressalva específica para a CSLL, não se está diante de um silêncio eloquente. Com efeito, o legislador determinou, expressamente, que na apuração do montante devido a título de CSLL devem ser aplicadas as mesmas normas relativas ao IRPJ.

75. Ora, é justamente na atividade de apuração que se encaixam as regras que disciplinam as provisões, despesas dedutíveis, adições, entre outros aspectos que devem ser considerados pelos contribuintes em seus registros contábeis.

76. Também não convence o argumento de que a Autoridade Fiscal estaria ampliando indevidamente a base de cálculo da CSLL, pois não haveria previsão legal que impedisse a dedução pretendida pelo contribuinte.

77. Como demonstrado acima, existe norma determinando a aplicação das mesmas regras relativas ao IRPJ para a apuração da CSLL. Assim sendo, em nenhum momento a Autoridade Fiscal ampliou o conceito de base de cálculo que está previsto no *caput* do art. 2º da Lei nº 7.689/88, mas tão somente apurou o resultado do exercício utilizando as regras de apuração aplicáveis ao IRPJ, seguindo a regra contida no artigo 57 da Lei nº 8.981/95.

78. Neste sentido, seguem algumas decisões deste egrégio Conselho a respeito do tema:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2008

INSUFICIÊNCIA DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. DECADÊNCIA.

O lançamento da multa isolada por insuficiência de recolhimento de estimativas mensais submete-se ao prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I, do CTN.

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

Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO PATRIMONIAL. RECEBIMENTO DE AÇÕES DA NOVA SOCIEDADE. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO.

Sujeita-se à tributação, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção. (Acórdão nº 1201-006.314, 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão do dia 08 de abril de 2024)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1994

NATUREZA DOS ARTIGOS 43 E 44 DA LEI Nº 8.541/1992. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

Ao estabelecer, por meio dos art. 43 e 44 da Lei nº 8.541/92, a tributação em separado sobre a totalidade dos valores apurados a título de omissão de receita, tratou o legislador de definir quantitativamente a hipótese de incidência dos tributos. Não se tratando de cominação de penalidade, não há falar na aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, "c", do CTN ao caso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1994

LANÇAMENTOS REFLEXOS OU DECORRENTES.

Pela íntima relação de causa e efeito, aplica-se o decidido ao lançamento principal ou matriz de IRPJ também ao lançamento reflexo ou decorrente de CSLL.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1994

LANÇAMENTOS REFLEXOS OU DECORRENTES.

Pela íntima relação de causa e efeito, aplica-se o decidido ao lançamento principal ou matriz de IRPJ também ao lançamento reflexo ou decorrente de IRRF.

Recurso Especial do Procurador Provido. (Acórdão nº 9101-002.411, CSRF / 1ª Turma, Sessão do dia 16 de agosto de 2016)

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

Ano-calendário: 2011

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos entre controladora e controlada, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.

Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária, com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONTÁBIL.

A ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pela aquisição de participações em operações com empresas controladas revelam a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Inexistindo previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio pela empresa (investidora) que teria adquirido o investimento com ágio, por meio de interposta pessoa jurídica, para a pessoa jurídica (investida) que o amortizar, é indevida a amortização do ágio.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2011

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL

Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o lucro líquido as conclusões relativas ao IRPJ. (Acórdão nº 9101-006.842, CSRF / 1ª Turma, Sessão do dia 05 de março de 2024)

79. Portanto, entendo que aplicam-se as mesmas regras do IRPJ à CSLL.

DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA

80. A Recorrente afirma que “(...) há que se reconhecer a improcedência da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (...)”, bem assim que “(...) Ao analisar, de modo geral, a prática reiteradamente realizada pelas Autoridades Fiscais na lavratura de autos de infração, verifica-se verdadeiramente usual a aplicação de juros SELIC sobre o valor da multa cobrada, em flagrante descumprimento das determinações do artigo 61 da Lei 9.430/96 (...)”.

81. Aduz ainda que “(...) não há como pretender a incidência de juros sobre a multa de ofício, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi. Fora dessa hipótese, qualquer incidência de juros se mostra abusiva e arbitrária, por ausência de seu pressuposto de fato – reposição do numerário que deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas não ingressou pela falta do contribuinte (...)”.

82. E conclui asseverando que “(...) destaque-se o quanto determinado pelo artigo 43 da Lei 9.430/96, cujo parágrafo único determina a incidência de juros moratórios sobre as multas e os juros exigidos isoladamente, mostrando-se inafastável concluir que não há previsão legal para a cobrança de juros de mora sobre a multa lançada de ofício nos casos que não foram abrangidos pelo artigo 43 da Lei 9.430/96 (...)”.

83. Quanto a ponto, desnecessárias maiores digressões, vez que foi editado o enunciado da Súmula CARF nº 108, de observância obrigatória para todos os membros deste Órgão colegiado, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10 de novembro de 2021³, que determina:

³ **Decreto nº 70.235/1972**

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Vide Decreto nº 2.562, de 1998) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) [...]

§ 13. Os órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do caput deste artigo observarão as súmulas de jurisprudência publicadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

84. Portanto, improcedentes as alegações da Recorrente.

Dispositivo

85. Por todo o exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso Voluntário e a ele **DOU PARCIAL PROVIMENTO**, a fim de **(i)** rejeitar todas as preliminares arguidas, tendo em vista que os Autos de Infração são válidos, não havendo que se falar em nulidades e/ou decadência; e, **(ii)** reconhecer como legítima a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio, e, conseqüentemente, cancelar integralmente os Autos de Infração.

(documento assinado digitalmente)

Alessandro Bruno Macêdo Pinto – Relator.

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Alexandre Iabrudi Catunda, redator designado

Embora bem fundamentado o voto do I. Conselheiro Alessandro Bruno Macêdo Pinto, dirijo de seu entendimento em relação ao aproveitamento da amortização do ágio criado na aquisição da recorrente pela denominada empresa veículo na dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Tendo em vista que tal divergência foi a que prevaleceu no julgamento do recurso voluntário, por voto de qualidade, passo a redigir o voto vencedor.

Como bem explanado pelo voto do I. Conselheiro, esta mesma operação já foi apreciada nas duas instâncias deste Colegiado em relação a outros períodos de apuração em diversos outros processos administrativos.

Assim, por possuir o mesmo entendimento e adotando como minhas as razões de decidir, copio o trecho em que aprecia esta matéria, o voto do I. Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, exarado no Acórdão nº 1402-003.905, constante dos autos do processo nº 10600.720031/2016-41:

Novo RICARF (Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023)

Art. 123. A jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do CARF.

[...]

§ 4º As Súmula de Jurisprudência do CARF deverão ser observadas nas decisões dos órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do caput do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Não é novidade que o tema “ágio” tem freqüentado assiduamente as sessões de julgamento do Colegiado Administrativo em suas Turmas Ordinárias e na CSRF, fruto das ações fiscais desenvolvidas ao longo dos últimos anos pela fiscalização fazendária federal.

Também não são desconhecidos os longos debates travados quando dos julgamentos dos processos que envolvem a matéria, claramente ainda não pacificada jurisprudencialmente, embora já existam fortes indicativos que sinalizem para uma linha decisória que tende a se consolidar nas diversas Turmas, especialmente quando presentes na formação do ágio as chamadas “empresas veículos”.

Como sabido, o ágio surge na aquisição de participação societária que deva, por imposição legal, ser avaliada pelo método da equivalência patrimonial e corresponde à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor de patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida em sociedade coligada ou controlada. O registro de seu custo de aquisição encontra-se disciplinado no art. 385 do RIR/1999.

Todavia, o tratamento tributário do ágio é outro, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio. É este o tratamento fiscal que a autuada alega possuir, já que os artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99 permitem a dedução do lucro real e da base de cálculo da CSLL com a amortização do ágio.

Cabe, portanto, verificar em que situação essa dedutibilidade da amortização do ágio terá cabimento, sendo, necessário, determinar quem o legislador buscou atingir.

Dispõe o art. 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que, 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 fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde então a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL.

O contexto do ágio e de sua amortização no país disciplina-se pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que dispõem sobre o registro e a amortização do ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido:

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

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

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

III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV – deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho DF CARF MF Fl. 7104 Processo nº 10600.720031/2016-41 Acórdão n.º 1402-003.905 S1-C4T2 Fl. 7.105 26 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.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de

ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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.

Já a sistemática de apuração do ágio deve seguir o disposto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, observada a redação vigente à época:

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.

Portanto, à luz da legislação de regência, percebe-se que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o seu valor patrimonial. Isso significa que a figura do ágio decorre do fato de uma das partes se comprometer a pagar à outra, pela aquisição do investimento, um valor superior àquele registrado no patrimônio líquido. A expressão “pagar” pode ser

entendida em sentido amplo, contemplando diversas modalidades, desde que todas impliquem algum tipo de desembolso ou ônus para o adquirente.

Em outras palavras, a permissão legal para a amortização do ágio de rentabilidade futura como despesa dedutível se refere: i) ao ágio que compôs o preço (custo) pago pela aquisição de um investimento, e, ii) a extinção do investimento ou empresa investidora em decorrência de reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, devido a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida.

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção de investimento.

Cenário perspicazmente sintetizado pelo Prof. Ricardo Mariz de Oliveira (in “Fundamentos do Imposto de Renda” – pgs. 763 e seguintes):

A norma legal contida no artigo 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

Todavia a norma não se restringiu ao programa de privatização, tendo se estendido a toda e qualquer situação que se subsuma às suas hipóteses fáticas de incidência. (...)

Uma primeira observação é no sentido de que os art. 7º e 8º não revogaram o disposto no art. 25 do Decreto-lei nº. 1.598, que continua a vigor e a declarar indedutíveis as amortizações de quaisquer ágios, quaisquer que sejam seus fundamentos econômicos, assim como declara não tributáveis as amortizações de quaisquer deságios, enquanto o respectivo investimento permanecer no ativo permanente da pessoa jurídica adquirente do mesmo.

Destarte, os efeitos fiscais dependem da realização das condições inseridas nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, que são pressupostos para a dedução dos ágios, nos casos e circunstâncias em que admitida, assim como a tributação dos ágios.

(...)

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível, haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição de dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei nº 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que “a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra”, segundo o “caput” do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer “em virtude de incorporação, fusão ou cisão”.

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra “b”, dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada “incorporação para baixo” ou “down stream merger”) do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a “incorporação para cima” ou “up stream merger”), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas), por um dos atos jurídicos nos dois artigos.

Esta exigência decorre não apenas da literalidade dos art. 7º e 8º, mas também, e principalmente, do espírito (a “mens legis” ou “ratio legis”) da norma por eles veiculada.

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados ou o mesmo se dê quando o ágio for referente ao valor de mercado dos bens do patrimônio da pessoa jurídica a que se refere a participação adquirida.

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto nas leis, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente (correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

(...)

Realmente, os art. 7º e 8º da Lei n. 9532 têm um objetivo – a concessão do benefício de uma dedução especial do ágio – um requisito para tanto, que é a absorção do patrimônio onde esteja o ágio, ou do patrimônio que vai gerar o lucro ao o ágio se refira.

Isso inobstante, após a junção das pessoas jurídicas com os recursos financeiros relativos ao ágio participando do ativo da mesma pessoa jurídica (quando for o caso) poderem eles ser empregados para o pagamento de custo e despesas, o que não se confunde com a natureza do ágio mantido em ativo diferido e com a sua amortização, tanto quanto o capital social e os recursos derivados da sua integralização podem ser usados para pagar custos e despesas, mas não se transformam em custos e despesas.

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extratributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época da promulgação da Lei n. 9532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9532.

O segundo aspecto apresenta-se exatamente a partir do primeiro e da condição legal para a dedução fiscal da amortização (que é a absorção de patrimônio através da incorporação, fusão ou cisão), consistindo na exigência de que a amortização se processe contra os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio, exigência esta não expressa na lei, mas decorrente de um imperativo lógico que se pode dizer estar implícito na lei.

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixar o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da

cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro. (destaques acrescidos).

Reafirme-se, inequívoco que, em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Por decorrência, a premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade seja possível é que ocorra a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, a teor do disposto no artigo 386, e seu inciso III, do RIR/99.

Neste eito, a amortização do ágio nos moldes pretendidos pela recorrente seria então exceção, que, concretamente, refere-se a casos de transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos, impondo, i) a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição, ii) ou, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Feitas estas colocações de cunho doutrinário, conceitual e legislativo, podese voltar ao caso em análise.

Concretamente, o que se tem nos autos é a seguinte situação fática, rigorosa e detalhadamente exposta no TVF (fls. 24/79) e em momento algum contestado (neste aspecto) pela defesa da recorrente:

“Ágio na Arcelor Brasil S/A 74. Para que se compreenda a forma como surgiu o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A o qual foi deduzido fiscalmente nos anos-calendário objeto dessa ação fiscal é necessário descrever o histórico dos fatos relativos à fusão no exterior entre as empresas Arcelor (Luxemburgo) e Mittal Steel (Holanda) com os correspondentes reflexos no Brasil. As repercussões do referido evento no exterior foram avaliadas pela CVM que considerou ter havido alienação indireta do controle da Arcelor Brasil S/A, a qual, anteriormente àquela fusão, era controlada pela Arcelor que detinha cerca de 67% de suas ações.

75. Assim, por decisão da CVM, a Mittal Steel Company N.V. foi obrigada a realizar uma OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES (OPA) DE EMISSÃO DA ARCELOR BRASIL S.A. para que o direito dos acionistas minoritários fosse preservado, tudo conforme Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e artigo 254-A da Lei 6.404/76.

76. A Arcelor S/A (“Arcelor”) e a Mittal Steel Company N.V. (“Mittal”)

eram as duas maiores empresas no setor mundial de aços, detendo juntas 10% da produção mundial de aço. A Arcelor tinha sede em Luxemburgo,

contava com ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era disperso em mercado. A Mittal tinha sede na Holanda, possuía ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era retido nas mãos da família Mittal, de origem indiana.

77. Em junho de 2006, através de uma Oferta de Permuta bem-sucedida, lançada pela Mittal em favor dos acionistas da Arcelor, as duas empresas formam a gigante “Arcelor-Mittal”.

78. No Brasil, a Arcelor era a controladora da Arcelor Brasil S/A (“Arcelor Brasil”), com sede na cidade de Belo Horizonte e ações listadas na Bolsa de Valores de São Paulo.

79. Em razão da Oferta de Permuta realizada com sucesso na Europa, ocorreu a alienação de controle indireto da Arcelor Brasil e conforme decisão da CVM baseada na Lei das S/A (art. 254-A) e no Estatuto Social da Arcelor Brasil (arts. 8 a 10) foi exigido da Mittal Steel Company N.V. uma Oferta Pública para Aquisição de Ações dos demais acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A.

Oferta de Permuta de Ações da Arcelor feita por Mittal Steel Company N.V.

80. A aquisição de ações de emissão da Arcelor que deu origem a esta Oferta de permuta foi acordada por meio do Memorando de Entendimentos (“MOU”) celebrado em 25 de junho de 2006 pela Arcelor, pela Ofertante Mittal Steel Company N.V., pelo Sr. Lakshmi Mittal e a Sra. Usha Mittal, por meio do qual as partes do MOU concordaram em alterar os termos da Oferta de Permuta apresentada pela Ofertante aos acionistas da Arcelor em 18 de maio de 2006.

81. De acordo com a Oferta de Permuta, a Ofertante ofereceu uma permuta de ações da Arcelor, detidas por acionistas da Arcelor e investidores por:

- a) Ações da Mittal Steel e pagamento em dinheiro;
- b) Ações da Mittal Steel, ou
- c) Pagamento em dinheiro.

82. Adicionalmente, a Ofertante ofereceu uma permuta de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações da Arcelor (OCEANES) por Ações da Mittal Steel e dinheiro. Do valor total pago pelas ações da Arcelor pela Mittal Steel, 69,6% foi na forma de Ações da Mittal Steel e 30,4% foi em dinheiro.

83. A partir de 20 de novembro de 2006, como consequência da Oferta de Permuta (incluindo o período de oferta subsequente desta, e o procedimento de oferta obrigatória conforme as leis de Luxemburgo) e da conversão dos OCEANES da Arcelor, a Ofertante detinha 630.608.385 ações da Arcelor, representando 94.04% do capital social da Arcelor. Os acionistas

da Arcelor e os detentores de OCEANEs da Arcelor tornaram-se acionistas diretos da Ofertante. Em 30 de setembro de 2006, a Arcelor detinha ações representando aproximadamente 67% do capital social da Arcelor Brasil (excluídas as ações em tesouraria).

84. Em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e de acordo com o artigo 254-A da Lei 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações detidas por acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A.

Informações sobre a Mittal Steel Company N.V. (MSCNV) e histórico

85. A Mittal Steel Company N.V. era constituída de acordo com as leis da Holanda e localizava-se em Hofplein 20, 3032, AC, Roterdã, Holanda, tendo como seu principal objeto, entre outros, a participação societária em outras sociedades.

86. Em 1º de agosto de 2006, após a finalização com êxito do período inicial da Oferta de Permuta, a Mittal Steel adquiriu a maioria do capital social da Arcelor. De acordo Memorando de Entendimentos ("MOU"), celebrado em 25 de junho de 2006, a Mittal Steel e a Arcelor estavam em processo de incorporação da Mittal Steel pela Arcelor para formar a Arcelor Mittal, uma companhia de Luxemburgo.

87. No MOU o Conselho de Administração da Arcelor recomendava a oferta da Mittal Steel para a Arcelor e, entre outras questões, as partes concordaram sobre certos assuntos acerca da governança corporativa para o grupo societário em formação. Em particular, o MOU incluía certos mecanismos especiais de governança para promover a integração da Mittal Steel e da Arcelor durante um período inicial transitório de 3 anos iniciado em 1º de agosto de 2006

88. A Mittal Steel e a Arcelor concordaram em mudar e unificar suas respectivas estruturas de governança corporativa e regras até que a Mittal Steel estivesse incorporada com a Arcelor de acordo com o MOU, seguindo-se que a entidade subsistente seria a matriz do grupo e renomeada para "ArcelorMittal" estando organizada sob as leis de Luxemburgo.

89. A Mittal Steel era a maior e mais global produtora de aço do mundo. Em 2006, a Mittal Steel aumentou seu tamanho significativamente ao adquirir a Arcelor, que, à época da aquisição, era a segunda maior produtora de aço do mundo por volume de produção.

90. As Ações da Mittal Steel estavam sujeitas à jurisdição holandesa.

Informações sobre a Arcelor Brasil S/A (Arcelor Brasil) e histórico

91. A sede social da Arcelor Brasil S/A – CNPJ - 24.315.012/0001-73 era na Avenida Carandaí, nº 1.115, 20º a 26º andares, no Município de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais e seu principal objeto social era o estabelecimento e a operação de indústrias e empreendimentos nos setores siderúrgico e metalúrgico, no Brasil e no exterior, e o investimento em outras sociedades que operassem os mesmos setores ou atividades complementares, tais como a produção, compra e venda de energia e outros insumos das atividades siderúrgicas e metalúrgicas.

92. A Arcelor Brasil S/A era controlada pelo grupo Arcelor, o qual originou-se da fusão ocorrida em fevereiro de 2002 das seguintes companhias de aço: Aceralia (Espanha), Arbed (Luxemburgo) e Usinor (França).

93. Arcelor Brasil S/A era a nova denominação social da Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira (CSBM), a partir de 21 de dezembro de 2005. Arcelor Brasil era uma sociedade de capital aberto com suas ações listadas na BOVESPA. Em 31 de março de 2005, a Arcelor Brasil (então CSBM) efetuou uma reorganização societária, com a transferência, para a controladora Belgo Siderurgia, de seus ativos operacionais e investimentos, exceto Guilman Amorim, Belgo Mineira Participação e Belgo Mineira Engenharia. Desde então, a Arcelor Brasil estava estruturada como uma detentora de participações societárias (holding). Como resultado do processo de reorganização societária do grupo Arcelor no Brasil, divulgado por meio de fato relevante publicado em 28 de junho de 2005 e em seguida aprovado nas Assembleias Gerais Extraordinárias de 28 e 30 de setembro de 2005, a Arcelor Brasil tornou-se a proprietária da totalidade do capital social da Companhia Siderúrgica de Tubarão e Vega do Sul.

94. Com a fusão ocorrida entre o grupo Arcelor e o grupo Mittal, em 2006, a Arcelor Brasil S/A passou a fazer parte do maior conglomerado siderúrgico do mundo.

(...)

Informações sobre a Mittal Steel Brasil Participações S/A (MSBP) e histórico

98. A Mittal Steel Brasil Participações S/A (MSBP) – CNPJ: 08.489.812/0001-54 (subsidiária integral da Mittal Steel Company N.V.) foi a empresa veículo utilizada pelo grupo mundial Arcelor-Mittal para servir como elemento de passagem para que o ágio decorrente da aquisição das ações da DF CARF MF Fl. 7112 Processo nº 10600.720031/2016-41 Acórdão n.º 1402-003.905 S1-C4T2 Fl. 7.113 34 Arcelor Brasil S/A acabasse na própria Arcelor Brasil após a incorporação da efêmera veículo MSBP por aquela.

99. O papel desempenhado pela controladora Mittal Steel Company N.V. foi o de suportar o ônus decorrente da aquisição das ações via OPA através da integralização de capital da MSBP via transferência de recursos internacionais, combinado com novos aumentos de capital posteriores integralizados com ações da Arcelor Brasil S/A (estas adquiridas também via OPA), bem como através de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A (adquiridas também via OPA) realizado entre a controladora Mittal Steel Company N.V. e sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A.

100. O capital social da empresa que era de R\$500,00 passa para R\$1.000.000,00 em junho de 2007 e de acordo com a AGE de 01/06/2007 é aprovado um novo aumento do capital social.

101. Conforme item 5.1 da AGE de 31/07/2007, 1.526.308.000 ações da MSBP foram totalmente subscritas e integralizadas pela Mittal Steel Company N.V. mediante remessa de recursos do exterior através de contratos de câmbio celebrados entre junho e julho de 2007 que perfizeram a quantia de R\$1.526.308.000,00.

102. Na data da AGE de 31/07/2007, novo aumento de capital no valor de R\$3.387.231.726,24 (3.642.184.652 novas ações) foi aprovado e a Mittal Steel Company N.V. subscreveu e integralizou todo o valor mediante a entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A, anteriormente adquiridas por ela MSCNV em 04/06/2007 (via OPA).

103. Adicionalmente, na mesma data de 31/07/2007, controladora (MSCNV)

e controlada (MSBP) celebram contrato de compra e venda no qual a MSCNV vende para sua controlada MSBP, 10.805.000 ações da Arcelor Brasil S/A pela quantia de R\$563.382.986,36.

104. Dessa forma, a MSBP registra as ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas de sua controladora MSCNV (seja via aumento de capital, seja pelo contrato de compra e venda) com ágio.

105. Além disso, a MSBP tomou vultosos empréstimos (mais de R\$5 bilhões) de outra empresa do grupo Arcelor-Mittal, a Arcelor Investment S.A, a título de pagamentos antecipados de exportação em total dissonância com o objeto social da MSBP. Referidos valores foram também utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A e, com a incorporação da veículo MSBP pela Arcelor Brasil S/A, a obrigação de quitação dos vultosos empréstimos utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A recaiu sobre a própria. Em suma, a Arcelor Brasil S/A ficou responsável por pagar os empréstimos utilizados na compra de suas próprias ações.

106. No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica consta a informação que a data da abertura da empresa MSBP foi 30/11/2006. E essa data não é casual, pois em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e de acordo com o artigo 254-A da Lei 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações detidas por acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A, vale dizer, já sabendo em 25 de setembro de 2006 que seria compelida a realizar uma OPA, a MSCNV tratou de providenciar a criação de uma empresa no País para que a mesma fosse o veículo do ágio dedutível almejado mediante planejamento tributário abusivo.

107. A MSBP nasce em 30/11/2006, sob as condições citadas acima, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 como inativa, tendo movimentações próximas a zero nos meses de janeiro a maio de 2007 (conforme DIPJ) antes de haver o vultoso aporte de capital externo de sua controladora Mittal Steel Company N.V. realizado nos meses de junho e julho de 2007, para nesses mesmos meses de junho e julho, e complementarmente em agosto de 2007, efetuar a aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A e, depois de cumprido seu papel formal, ser incorporada logo em 28 de agosto de 2007, pela própria Arcelor Brasil S/A, no modelo conhecido como incorporação às avessas ou reversa. Três dias após, ou seja, no dia 31/08/2007 Arcelor Brasil S/A é incorporada pela ArcelorMittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

108. Importante ressaltar que a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A implicou no cancelamento de 206.681.012 ações ordinárias desta que eram de titularidade daquela. Como consequência, novas ações da Arcelor Brasil S/A (em mesmo número, espécie e classe) foram emitidas e atribuídas à única acionista da MSBP, ou seja, a MSCNV. Este fato é expresso nos itens 4.5 e 4.6 da AGE de 20/08/2007 da Arcelor Brasil S/A. Como o total de ações da Arcelor Brasil S/A passou a ser de 646.074.278 ações (item 4.7 da AGE) temos que a participação da MSCNV na Arcelor Brasil S/A ficou em 31,99% que foi exatamente o valor das ações adquiridas via OPA e no mercado secundário para o fechamento de capital da Arcelor Brasil S/A demonstrando assim a verdadeira natureza do negócio, qual seja, a efetiva aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV.

109. A composição societária da empresa, conforme declarado na DIPJ do ano-calendário de 2007, era a seguinte:

Mittal Steel Company N.V. (Holanda) – 99,97%

Carlo Panunzi – 0,01%

José Armando de Figueiredo Campos – 0,01% e

Marcos Afonso Maia – 0,01%

110. O Sr. Marcos Afonso Maia é o representante legal da Mittal Steel Brasil Participações S/A, ao mesmo tempo em que exerce função na Arcelor Brasil S/A onde utilizava o endereço eletrônico marcos.maia@arcelor.com.br., conforme pode ser verificado na DIPJ relativa ao ano-calendário de 2007.

111. Em documentos enviados ao Banco Santander (relativo à conta da MSBP), a mesma pessoa, o Sr. Marcos Afonso Maia, autoriza também os pagamentos das compras de ações da Arcelor Brasil pela MSBP em documentos com o logo da ArcelorMittal e cujo local de envio mencionado no próprio corpo daqueles documentos é a própria Arcelor Brasil S/A. Estes fatos apenas demonstram e corroboram que as três empresas (Arcelor, MSBP e MSCNV) pertencem ao mesmo grupo mundialmente conhecido como Arcelor-Mittal e que as operações realizadas através da empresa veículo MSBP apenas e tão somente existiram para tentar validar o benefício fiscal da amortização do ágio.

112. Além disso, e-mails enviados pelo Banco Santander para endereços eletrônicos como @arcelor.com, mittalsteel.com e @arcelormittal.com, relativos aos valores necessários para efetuar o pagamento referente à aquisição de ações da Arcelor Brasil S/A no mercado de balcão, revelam que os destinatários das informações eram as empresas do exterior Arcelor, MittalSteel e ArcelorMittal indicando mais uma vez que MSBP era mera passagem, mero veículo.

113. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND-1450574, atestam que o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero! Exatamente isso "0" (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada uma pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevemos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional".

114. A comprovação de que a MSBP nunca teve nenhum funcionário pode também ser constatada pelo sistema da RFB GFIP-WEB. OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES DE EMISSÃO DA ARCELOR BRASIL S.A. (OPA).

115. O preâmbulo da OPA dispunha que a Mittal Steel Company N.V.

submetia aos acionistas da ARCELOR BRASIL S.A. ("Arcelor Brasil"), companhia aberta, oferta pública ("Oferta") para a aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Arcelor Brasil ("Ações")

conforme as regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") n.º.361, datada de 5 de março de 2002.

116. Conforme anteriormente mencionado, a OPA ocorreu em virtude de decisão da CVM de 25 de setembro de 2006, com base no Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e artigo 254-A da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em razão da oferta de permuta ("Oferta de Permuta") efetuada pela Mittal Steel Company N.V. para a aquisição de ações da Arcelor S.A., sociedade de capital aberto com sede em Luxemburgo ("Arcelor"). A OPA seguiu os procedimentos aplicáveis a ofertas públicas para transferência de controle acionário de companhias abertas previstos na Instrução CVM n.º 361/02.

117. Além disso, a Ofertante da OPA (Mittal Steel Company N.V.) também realizava a mesma com o objetivo de cancelamento do registro de companhia aberta mantido pela Arcelor Brasil junto à CVM. O cancelamento do registro da Arcelor Brasil como companhia aberta somente seria obtido se os acionistas titulares das Ações que aceitassem a Oferta representassem mais de 2/3 das Ações em Circulação para Cancelamento de Registro, fato que acabou se confirmando em 19 de junho de 2007.

118. A conclusão da OPA dar-se-ia através de um leilão ("Leilão") na Bolsa de Valores de São Paulo ("BOVESPA").

119. A Oferta encerrou-se em 4 de junho de 2007, data em que ocorreu o primeiro Leilão ("Data do Leilão").

120. Cancelado o registro de companhia aberta mantido pela Arcelor Brasil perante a CVM, as Ações não mais seriam negociadas na BOVESPA, porém, DF CARF MF Fl. 7115 Processo nº 10600.720031/2016-41 Acórdão n.º 1402-003.905 S1-C4T2 Fl. 7.116 37 durante os 3 meses seguintes ao Leilão, ou seja, de 5 de junho de 2007 a 4 de setembro de 2007, qualquer acionista que desejasse vender suas Ações para a Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) poderia apresentar um pedido para tal efeito. A Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) adquiriria tais Ações e pagaria aos respectivos titulares o mesmo valor pago na Data de Liquidação da Opção de Pagamento em Dinheiro, em Reais, corrigido pela TR.

121. A Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) realizou a Oferta a um preço equivalente a 100% do valor por ação da Arcelor Brasil indiretamente pago no âmbito da Oferta de Permuta, para fins do Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e do artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações. Em conformidade com o artigo 29, § 6º, da Instrução CVM n.º 361/02, a Ofertante declarou que, considerando o preço pago pela Ofertante pelas ações e OCEANEs da Arcelor na Oferta de Permuta, o valor indiretamente pago pela Ofertante por ação da Arcelor Brasil seria o equivalente a Eur. 13,7165.

122. Conforme definido no Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs International e Goldman Sachs Representações Ltda, referido na Seção 7.2.

da OPA, o Preço de Oferta foi superior ao preço justo da Arcelor Brasil, conforme determinado de acordo com o valor econômico da Arcelor Brasil baseado na análise de fluxo de caixa descontado.

123. Portanto, o Preço da Oferta na OPA foi superior ao valor econômico das Ações calculado de acordo com a metodologia de fluxo de caixa descontado, que foi considerado o preço justo das Ações requerido pelo Artigo 4, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações, conforme demonstrado no Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs International e Goldman Sachs Representações Ltda.

124. A metodologia de fluxo de caixa descontado resultou em uma faixa de valores entre R\$ 35,97 e R\$ 39,69 por Ação da Arcelor Brasil. A Goldman Sachs expôs seu entendimento de que o valor econômico da Arcelor Brasil calculado conforme o fluxo de caixa descontado da Arcelor Brasil constituía a metodologia mais adequada para determinar o preço justo para as Ações.

125. O pagamento do preço de aquisição das Ações da Arcelor Brasil S/A colocadas à venda no Leilão dar-se-ia de uma das seguintes formas:

a) Opção de Pagamento Misto (código ARCE11L) - pagamento em ações ordinárias classe A de emissão da Mittal Steel ("Ações da Mittal Steel" representando 69,6% do Preço da Oferta) e em dinheiro (30,4% do Preço da Oferta), em Reais ou

b) Opção de Pagamento em Dinheiro (ARCE3L) - pagamento exclusivamente em dinheiro, em Reais.

126. Os acionistas que escolhessem a Opção de Pagamento Misto receberiam, para cada Ação da Arcelor Brasil S/A colocada à venda no Leilão, (a) 0,3568 Ações da Mittal Steel e (b) R\$ 11,70 em dinheiro.

127. Os acionistas que escolhessem a Opção de Pagamento em Dinheiro receberiam, por cada Ação da Arcelor Brasil S/A colocada à venda no Leilão, uma quantia em Reais correspondente à soma dos seguintes valores: (a) valor correspondente a 0,3568 Ações da Mittal Steel e (b) R\$ 11,70 em dinheiro, sujeito à atualização pela TR até a Data da Liquidação do Pagamento em Dinheiro.

128. Ainda, de acordo com o item 1.4.2 (ii) do Edital da OPA, a liquidação financeira da Opção de Pagamento em Dinheiro seria realizada pela Ofertante (Mittal Steel Company N.V.) no Brasil, observados os procedimentos de liquidação pelo módulo bruto da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia ("CBLC").

129. E de acordo com o item 4.4.2 do Edital da OPA, as obrigações de liquidação da Ofertante Mittal Steel Company N.V. estabelecidas no Edital seriam cumpridas diretamente pela Ofertante ou por meio de entidade integrante de seu grupo econômico e, em qualquer caso, a Ofertante permaneceria integralmente responsável e garantiria o cumprimento de todas as obrigações a ela atribuídas relativas à Oferta e estabelecidas no Edital.

130. Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente e aquela que efetivamente suportou o ônus pela aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A era uma empresa do exterior com sede na Holanda, a Mittal Steel Company N.V.

131. Foi a Mittal Steel Company N.V. quem realmente procedeu à operação de compra das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA e quem realmente suportou o ônus pelas ações adquiridas, seja através da opção de pagamento misto, seja pela opção do pagamento em dinheiro. A ofertante na OPA é a empresa do exterior Mittal Steel Company N.V. e não a Mittal Steel Brasil Participações S/A. Essa informação está expressamente consignada no edital da OPA e essa constatação é irrefutável.

132. O fato de a Mittal Steel Company N.V. ter criado (em curto espaço de tempo) sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A para que essa última efetivamente efetuasse o pagamento no Brasil de parte das ações da Arcelor Brasil S/A em nada altera a substância da operação que revela que uma empresa fora do Brasil é quem realmente estava adquirindo as ações da Arcelor Brasil S/A.

133. No presente caso o que se verifica é que Mittal Steel Brasil Participações S/A é mera extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. (Holanda) que foi quem verdadeiramente suportou o ônus da operação e quem expressamente é a Ofertante da OPA realizada no Brasil. A Mittal Steel Brasil Participações S/A, como extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. (Holanda), apenas efetuou os pagamentos relativos a compra das ações com ágio.

134. A assunção de o ônus ser da MSCNV é também manifesta no Laudo de Avaliação da Arcelor Brasil S/A elaborado pela Goldman Sachs, pois quem arcou com o pagamento de US\$4 milhões pelo Laudo e quem o solicitou foi a Mittal Steel Company N.V., e não a Mittal Steel Brasil Participações S/A, tudo conforme sumário e página 7 do referido Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs.

135. Cabe ressaltar aqui que foi esse Laudo de Avaliação da Goldman Sachs é que integrou a OPA cumprindo assim as determinações do artigo 8 da Instrução CVM 361/02. (...)

140. A criação da MSBP (empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática, sem qualquer funcionário e mero caixa da MSCNV) consistiu numa operação sem fins econômicos, mas montada apenas para tentar reduzir a carga tributária via amortização de ágio contabilizado na empresa veículo.

(...)

143. A criação de subsidiária integral (Mittal Steel Brasil Participações S/A) poucos meses antes da OPA somente para servir como veículo de aquisição de ações com ágio que, em verdade, foi suportado por empresa no exterior, não tem amparo legal e carregava em si o abuso da forma como meio de se obter benefício fiscal de maneira abusiva.

144. A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente (cerca de três meses após sua criação) à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente corrobora o único intuito do abuso da forma como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.

145. Além disso, cabe ressaltar que a integralização do vultoso capital social da Mittal Steel Brasil Participações S/A ocorreu momentos antes da aquisição das ações via OPA e que referida integralização ocorreu através de remessas internacionais provenientes da controladora integral Mittal Steel Company N.V. demonstrando mais uma vez quem foi verdadeiramente quem suportou o ônus do pagamento do ágio na operação de aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA.

146. A Mittal Steel Brasil Participações S/A é apenas uma empresa veículo utilizada para carrear os recursos externos da Mittal Steel Company N.V. a serem utilizados na compra das ações da Arcelor Brasil S/A. Quem em verdade suporta o ônus do pagamento das ações é a MSCNV, seja pelos recursos aportados via integralização de aumento de capital na MSBP, seja pela cessão de suas próprias ações e mais uma quantia em dinheiro desembolsada na aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A na opção de pagamento misto ARCE11L da OPA, as quais foram posteriormente vendidas e integralizadas na MSBP pela MSCNV.

147. Este fato demonstra que a verdadeira adquirente que efetivamente suportou o ônus foi uma empresa do exterior e não uma pessoa jurídica nacional. Tendo em vista que somente as pessoas jurídicas nacionais poderiam gozar do benefício fiscal do ágio ao adquirirem participação societária em outra pessoa jurídica, também nacional, conforme exhaustivamente exposto no tópico deste Termo de Verificação “Da Dedutibilidade Fiscal do Ágio: Contexto Histórico e Requisitos Essenciais”, conclui-se que o ágio em comento não é dedutível na apuração do Lucro Real da fiscalizada.

148. Além disso, considerar a MSBP (empresa veículo, casca, sem qualquer funcionário e mera extensão do caixa da MSCNV) como a real adquirente é dissociar o fato pretendido do fato formalizado.

149. No presente caso em relação às aquisições realizadas pela MSBP, via OPA, a desconformidade se apresenta a partir do momento em que não é a MSCNV quem formalmente adquire as ações da Arcelor Brasil S/A, apesar de ser ela a Ofertante da OPA, mas a empresa veículo meramente de papel MSBP. 150.

O objetivo real da operação era que a MSCNV, e não a MSBP, adquirisse as ações da Arcelor Brasil S/A e assim cumprisse as determinações da CVM, bem como realizasse o desejo da MSCNV de fechar o capital da Arcelor Brasil S/A.

151. A interposição de uma empresa veículo, casca, sem qualquer funcionário e caracterizada como mero caixa da subsidiária integral revela os traços da dissociação entre o objeto perquirido (aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.

152. Guiados pelo fundamento econômico de rentabilidade futura e voltados essencialmente à obtenção de economia fiscal forçosa, os “negócios” de tal natureza apresentam-se, quase sempre, sob um mesmo invólucro, qual seja: um pacote contendo a inserção (entre a operação negocial e os agentes efetivos) de entidades efêmeras desprovidas de existência fática (sem rastro de exercício fático de objeto societário, autonomia administrativa, ou plano de negócios), acompanhada de atos societários sequenciais - formalizados em diminuto espaço de tempo - sem que estejam estes vinculados à uma legítima motivação econômica ou propósito negocial.

153. E é exatamente o que foi constatado no caso concreto, onde a inserção da empresa veículo Mittal Steel Brasil Participações S/A configura mera forma interposta, verdadeira casca efêmera servindo de ponte entre o capital externo da Mittal Steel Company N.V. para carrear o ágio para dentro da Arcelor Brasil S/A no evento de incorporação da veículo que, apenas e tão somente, foi criada e extinta para esse fim”.

Para concluir o relato fático:

“156. Portanto, mais uma vez, resta comprovado que a criação da Mittal Steel Brasil Participações S/A teve como único intuito a obtenção de vantagem tributária ao ser o mero veículo para trazer um ágio efetivamente suportado por empresa não domiciliada no País (Mittal Steel Company N.V.). (...)

158. Revelou-se mais tarde, por ocasião da incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A, que as ações da Arcelor Brasil S/A detidas pela MSCNV, e integralizadas na MSBP, acabaram retornando ao seu patrimônio, na

medida em que na relação de troca de ações realizada entre Arcelor Brasil S/A e MSBP, a MSCNV, como controladora integral da MSBP, acabou por receber ações da Arcelor Brasil S/A, ou seja, a MSCNV transfere ações da Arcelor com ágio, em um primeiro momento, para logo em seguida (após a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A) receber também ações da Arcelor, ou seja, os efeitos dos atos praticados retornaram à situação original, porém com uma diferença marcante: o ágio vultoso agora transferido e, na visão da fiscalizada, pronto para ser amortizado. (...)

169. Portanto, o benefício fiscal da dedutibilidade do ágio somente é aplicável quando o evento de incorporação ocorrer entre duas empresas que sejam domiciliadas no Brasil. Permitir o benefício fiscal da amortização do ágio em operações de incorporação, envolvendo pelo menos um não residente, está completamente fora do escopo da norma. Essa é a essência da norma. Irrelevante se as operações ocorreram formalmente entre empresas domiciliadas no País através da criação efêmera de empresa veículo, especialmente quando a mesma é extinta em evento encadeado e subsequente de incorporação. Cabe aqui ressaltar que o artigo 111 do CTN estabelece que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, vale dizer, as sociedades não residentes não tem amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio. O benefício fiscal não contempla a hipótese do presente caso no qual houve aquisição de ações com ágio via OPA pela ofertante Mittal Steel Company N.V., pois trata-se de empresa domiciliada no exterior e, portanto, fora do escopo da norma que dispunha sobre o benefício.

170. Constatada que a verdadeira essência da operação ocorreu entre um não residente e uma empresa nacional resta apenas a essa fiscalização considerar que o ágio da Arcelor Brasil S/A não é dedutível, pois, em essência, foi fruto da aquisição de suas próprias ações por empresa domiciliada no exterior (Mittal Steel Company N.V.) onde a efêmera veículo Mittal Steel Brasil Participações S/A atuou apenas como elemento formal e extensão do caixa da Mittal Steel Company N.V. para tentar conferir ao ágio carreado uma eventual legitimidade que efetivamente não foi confirmada.

171. Repita-se, o ágio foi suportado por Mittal Steel Company N.V. empresa sediada na Holanda. Querer trazer esse ágio para o Brasil seria como internalizar um ágio contabilizado no exterior. E desde já, para efeitos fiscais, repele-se a casca criada para tentar suportar o ônus da operação através da criação da Mittal Steel Brasil Participações S/A”.

Pois bem, excetuados casos pontuais, desde o julgamento do processo nº 16561.720026/201113 (“Caso Bunge” – acórdão nº 1402-001.460), com a redação do voto vencedor do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, esta turma, com outra composição e por voto de qualidade, passou a adotar o posicionamento de que, independentemente do desenho das operações e dos

eventuais propósitos negociais, na utilização de empresa veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Naquela situação, como nesta, houve indiscutível utilização de empresa veículo – nesse ponto não há contestação -, restando ver, i) em que ela afetou a operação no que tange aos reflexos tributários e, ii) por quê foi criada e utilizada.

A resposta, muito mais que no formalismo dos contratos e convenções firmados entre as partes envolvidas ou seus registros nos órgãos pertinentes, deve ser buscada no contexto em que inserida a empresa veículo e sua participação, mesmo porque, nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos, linha preconizada no Estatuto Civil ("nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem").

Parece-me claro que os autos mostram que a empresa estrangeira Mittal Steel Company N.V., sediada na Holanda, foi quem EFETIVAMENTE SUPORTOU O ÁGIO, ou seja, quem acreditou no investimento, quem despendeu recursos, suportou o ônus, arcou com o encargo. Não a empresa constituída formalmente sob a legislação brasileira, Mittal Steel Brasil Participações S/A, com todas as características de "empresa veículo" (breve existência, ausência de atividade econômica, recebimento do exterior dos recursos utilizados na compra), neste caso, com todas as características de sociedade criada com o único intuito de permitir a transferência da mais valia patrimonial, no caso, o ágio, como bem mostra a sequência cronológica dos fatos estampada nos autos.

Cenário que se fecha quando se constata que, como a real empresa investidora (a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda) e a investida (Arcelor Brasil) continuaram a existir após as operações, a constituição da empresa veículo no país foi a única forma de interinação do ágio, com o intuito de viabilizar sua dedutibilidade fiscal.

Certo que a recorrente contrapõe-se ferozmente a estas conclusões, sustentando que não houve transferência de nenhum ágio pago no exterior, mas sim o registro de um ágio por uma empresa brasileira, e que cumpriu todos os requisitos legais para a sua amortização e dedução. Afirma também que, caso se entenda que houve transferência de ágio, não há vedação legal a essa possibilidade, e que todas as operações tiveram propósito comercial.

Ora, em que pese a escorreita dissertação e a elogiável concatenação lógica dos argumentos feita pela recorrente, penso que os fatos reais demonstram ao inverso do ocorrido em sua peça recursal.

De fato, a complexa operação engendrada não pode ser tomada esparsamente, mas como um todo e, neste contexto, os recursos aportados pela Mittal holandesa a favor da Mittal Brasil para consecução dos objetivos propostos –

adquirir o controle da Arcelor – só podem levar à conclusão da indedutibilidade do ágio, mais não fosse, pelo simples fato de se tratar de ágio suportado REALMENTE por empresa localizado no exterior, ainda que, formalmente, o negócio tenha sido levado a efeito por empresa no Brasil (empresa veículo).

Há mais, porém, a levar a este desenlace: a não existência da exigida “confusão patrimonial” entre investida e investidora.

Para se atender a legislação de regência, mais que uma comprovada aquisição de uma empresa por outra, para que o ágio seja dedutível é necessária a confusão patrimonial e a perda do investimento adquirido.

Em outro dizer, “é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento. Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa” (cf. contrarrazões da PGFN – fls. 7015).

Em resumo, o ágio registrado pela MITTAL BR, na verdade, decorre da aquisição da ARCELOR BRASIL pela MITTAL NV. Tal “mais valia”, portanto, foi efetivamente paga pela MITTAL NV (Holanda), e não pela MITTAL BR. Dessa forma, em face do fato incontroverso que o ágio foi efetivamente suportado pela MITTAL NV, percebe-se que a real investidora é esta empresa, sendo a ARCELOR BRASIL a investida.

E aí cabe a pergunta: onde e em quê a presença da MITTAL BR (empresa veículo, constituída formalmente sob as leis brasileiras) se fez necessária neste conjunto de operações societárias?

A resposta, ainda que contra o entendimento da recorrente, é uma só: permitir que o ágio pudesse ser, fiscalmente, aproveitado pela Arcelor.

Só isso.

E nem se torna necessário realizar maiores digressões para se chegar a esta realidade, bastando ver que a Mittal Brasil não tinha qualquer atividade operacional, teve vidas efêmera, etc, etc, clássico exemplo de empresa veículo, e, mais que tudo, NÃO TINHA RECURSOS PRÓPRIOS para bancar a compra, socorrendo-se da Mittal Holanda, que lhe disponibilizou o dinheiro necessário para que pudesse adimplir o negócio.

Em outras palavras, se não tinha atividade, se sua existência era de curta duração e se não tinha recursos, por que sua presença dentro do perímetro das

operações? A resposta, uníssona: só para que o ágio pudesse ser utilizado pela Arcelor o que, no fundo, certamente, se tornou um ponto bastante relevante nas negociações entre as partes, posto que o Estado Brasileiro acabaria por financiar, via redução de tributos, grande parte do negócio.

Concluindo, como o ágio não pode ser utilizado por empresa localizada fora do Brasil, criou-se todo um mecanismo – altamente complexo – que levou, por vias transversas, a que a recorrente, no final de toda a engenharia montada, viesse dele (ágio)

a se aproveitar, beneficiando-se de expressivo ganho tributário o qual, inclusive e sem nenhuma sombra de dúvidas, como dito acima, deve ter sido levado em consideração quando dos estudos para aquisição e preço final do investimento.

No caso aqui tratado, a acusação fiscal foi incisiva: a real adquirente da Arcelor Brasil foi a empresa empresa a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda. Todas as operações societárias, embora formalmente válidas, foram realizadas visando também a internação do ágio e viabilizar sua amortização.

Em face do ora exposto, restam claras as razões que atestam a ineditabilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL. Em primeiro lugar, como tal “mais valia” foi assumida no exterior, não há como reconhecer a sua dedutibilidade de acordo com as leis brasileiras. Em segundo, ainda que fosse possível realizar essa análise, o ágio deduzido não observa requisito primeiro e fundamental à dedutibilidade, qual seja, não existe confusão patrimonial entre a real investidora e as investidas.

Pelo exposto, o trabalho fiscal se robustece e leva à manutenção da decisão recorrida.

Finalmente, acerca da dedução do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação, a norma a ser obedecida é a do art. 391 do RIR/998, ou seja, somente pode servir para a apuração de ganho ou perda de capital no momento da alienação ou liquidação do investimento.

Em outro dizer, não se cogita de realizar dedução fiscal do saldo de ágio amortizado antes da incorporação, sempre lembrando se estar analisando os fatos à luz da legislação tributária e não societária ou contábil.

Isso significa que – contabilmente – nada impede, melhor ainda, é imperativo que os contribuintes realizem os lançamentos contábeis que tecnicamente devem realizar e que não necessariamente têm reflexo na área fiscal.

Nesse eito, o ágio amortizado contabilmente recebe uma disciplina da legislação totalmente distinta daquela prevista nos art. 385 de 386 do RIR/99. Por essa razão, não pode ser admitido o aproveitamento do saldo de ágio amortizado contabilmente antes da operação de cisão, fusão ou incorporação – como pretende a contribuinte.

Tema já tratado neste Colegiado Administrativo Tributário Federal de 2º Grau, como se vê no excerto do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, hoje nesta Turma como sua presidente e, então, na 2ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Sejul (Ac. 1102-001.104):

“A amortização de ágio, porém, não observa estas regras sucessórias simples acerca de valores com dedução/tributação diferida. A adição das amortizações decorre da determinação legal de que elas somente sejam consideradas dedutíveis no momento da alienação do investimento. Desta forma, se a sucessão decorre desta alienação do investimento, a adição mencionada não surge no LALUR da sucessora como elemento para exclusão futura. Ela é liquidada no momento da alienação do investimento.

Assim, a exclusão do ágio poderia ser admitida no resultado tributável da MSJ Comercial Ltda se provado que a baixa do investimento no momento da incorporação gerou ganho de capital em razão da redução do valor patrimonial do investimento pela amortização contábil do ágio antes da liquidação do investimento. Todavia, a autoridade lançadora descreve que, por ocasião da incorporação, o ágio até então amortizado, no valor de R\$ 7.415.787,78, aumenta o saldo da conta “Ágio sobre investimentos” (nº 105110). Demonstra, ainda, que este valor foi contabilizado a crédito na conta “Ágio s/ Invest. MSJ – Amortizado” (nº 105.115). Ocorre que ambas as contas são utilizadas para determinação do resultado da incorporação, anulando-se e ensejando a apuração de crédito em favor da controladora, com conseqüente aumento de capital equivalente a R\$ 27.735.046,26.

Estas operações permitem inferir que, por ocasião da incorporação, a contribuinte reverteu os efeitos em contas patrimoniais da amortização do ágio até então contabilizada, possivelmente para que o valor integral do ágio criado nas operações intra-grupo fosse transferido à sucessora para amortização após a incorporação. Assim, não há evidências de que a amortização do ágio antes da incorporação tenha gerado ganho de capital na MSJ Comercial Ltda, a ser ajustado pela exclusão do ágio cuja amortização antes fora adicionada. De toda sorte, ainda que esta demonstração existisse, a amortização seria dedutível no último período de apuração da MSJ Comercial Ltda, em razão de sua extinção por incorporação”.

Acórdão assim ementado:

INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. EXTINÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE. INDEDUTIBILIDADE.

Não há previsão legal para o aproveitamento do ágio já amortizado contabilmente quando da extinção da participação societária em virtude de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra. Nesses casos, o ágio já

amortizado contabilmente, e registrado no LALUR, não pode mais ser aproveitado, devendo ser simplesmente baixado.

Assim, ágio amortizado anteriormente à incorporação não pode ser aproveitado pela contribuinte, visto que não há autorização legal para que realize a dedução fiscal pretendida.

Caso prevaleça a tese da contribuinte, ter-se-á um desrespeito às normas expressas da legislação tributária, o que não pode ser admitido. Por essas razões, deve ser mantida a glosa efetivada pela autoridade fiscal.

DOS LANÇAMENTOS DE CSLL

Acerca da dedutibilidade dos valores da base de cálculo da CSLL, melhor sorte não merece a irresignação da recorrente.

De fato, como sabido, a CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período com os ajustes determinados na respectiva legislação, conforme dicção dos artigos 248 e 277, RIR/1999:

Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).

Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).

De outro giro, também pacífico, o lucro operacional resulta do confronto das receitas operacionais com as despesas operacionais (artigo 299, RIR/1999).

Da interpretação sistemática destes dispositivos, extrai-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, acima transcrito, quais sejam, as despesas necessárias, de forma que, dispêndios que violem as regras de dedutibilidade do IRPJ, não podem reduzir o lucro líquido que é, também, a base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica.

Mesmo considerando que as despesas no presente caso possam ter natureza não operacional, cabe lembrar que a sua indedutibilidade da base de cálculo da Contribuição Social nasce do próprio conceito de resultado do exercício apurado com observância da legislação comercial, visto que esta impõe que o ponto de partida para se chegar à base de cálculo tanto do IRPJ como da CSLL, deve observar postulados e princípios contábeis.

Ora, segundo o Princípio da Entidade, um dispêndio produzido de forma equivocada não deve estar na contabilidade. Em outras palavras, a contabilização de despesas inexistentes implica inobservância do princípio contábil da entidade,

devendo ensejar, também por esta razão, a sua glosa, afetando, portanto, a base de cálculo do IRPJ e também da CSLL.

Como consequência, dispêndios glosados afetam o próprio resultado do exercício, diga-se, a própria base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art.2º da Lei 8.034, de 1990.

Mais a mais, o art. 13, da Lei nº 9.249/951, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99.

Assim, pela vinculação e nexo entre as glosas efetuadas para fins de apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL e pelas demais razões expostas, igualmente encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário em relação à CSLL.

Como longamente explanado no voto acima é de notória clareza que a criação da empresa Mittal Brasil teve como único objetivo o aproveitamento do ágio na dedução do IRPJ e da CSLL da recorrente após a incorporação da empresa adquirente.

Sendo assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo o crédito tributário lançado em sua integralidade.

Assinado Digitalmente

Alexandre Iabrudi Catunda