



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

Processo n° 10600.720022/2014-98
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.197 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente APERAM INOX AMÉRICA DO SUL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO GERADO EM OPERAÇÃO ENVOLVENDO EMPRESA DO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas internamente, que adquirem investimentos com ágio. A extensão ao alcance das regras fiscais a reais adquirentes domiciliados no exterior deve ser afastada pela fiscalização e o ágio amortizado deve ser objeto de glosa fiscal.

ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A amortização fiscal do ágio somente tem amparo legal quando as empresas adquirente e adquirida se emaranham entre si, a partir de um dos institutos elencados no art. 7º da Lei 9.532/1997 (fusão, cisão ou incorporação), resultando dessa operação a confusão patrimonial entre ambas.

MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

A artificialidade das operações não pressupõe o dolo específico de enganar ou fraudar o Fisco quando realizadas de forma lícita e sem qualquer tipo de ocultação ou barreira à fiscalização.

MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. Dada à íntima relação de causa e feito, o entendimento adotado para o lançamento matriz estender-se-á ao lançamento reflexo.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR. Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação às infrações de omissão de receitas e de indedutibilidade das despesas com ágio relativo às parcelas anteriores à incorporação da AAEB e, dar provimento para afastar a qualificação da multa de ofício. Por maioria de votos negar provimento ao recurso voluntário no que se refere ao lançamento reflexo da CSLL; vencida a Conselheira Livia De Carli Germano; e dar provimento quanto ao afastamento da multa isolada; vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa e Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso quanto à glosa de ágio pela utilização de empresa veículo; vencidos os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Leonam Rocha de Medeiros; designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. A Conselheira Letícia Domingues Costa Braga declarou-se impedida. Participou do julgamento o Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva- Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia de Carli Germano (Vice-Presidente), Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em razão do impedimento da Conselheira Letícia Domingues Costa Braga).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em Salvador (BA) que manteve o crédito tributário decorrente de supostas infrações à legislação tributária no ano-calendário de 2010/2011, referente às amortizações fiscais de ágio decorrente de operação de fechamento do capital da Companhia, formalizada ao longo do ano de 2008, conforme valores discriminados nas tabelas abaixo:

<u>IRPJ</u>		
VALOR CRÉDITO	DO	R\$ 53.913.098,25
JUROS		R\$ 17.354.626,33
MULTA		R\$ 40.434.823,69
MULTA ISOLADA		R\$ 13.705.746,75
VALOR TOTAL		R\$ 125.408.295,02

<u>CSLL</u>		
VALOR CRÉDITO	DO	R\$ 19.216.736,70
JUROS		R\$ 6.185.867,54
MULTA		R\$ 14.412.552,53
MULTA ISOLADA		R\$ 5.035.569,40
VALOR TOTAL		R\$ 44.850.726,17

2. Segundo informações constantes nos Termo de Verificação Fiscal às fls. 03/133, apurou-se que o contribuinte cometeu diversas infrações, dentre elas; “ajustes do lucro líquido do exercício, adições não computadas na apuração do lucro real, valores excluídos (direta e indevidamente) pelo contribuinte, em sua apuração não autorizada da base de cálculo (lucro real) dos tributos IRPJ e CSLL, falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) incidente sobre a base de cálculo estimada, apurada via balanços mensais de suspensão ou redução. Deixou-se de adicionar a apuração da base de cálculo ajustada da CSLL (anos-

calendário de 2010 e 2011) parcelas atribuídas a AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, cujos valores se revelaram "inedutíveis" frente às normas tributárias”.

3. A Autoridade Fiscal destaca, ainda, que “o contribuinte já fora objeto de procedimento fiscal, compreendendo operações de comércio exterior no ano-calendário de 2007 - (processo fiscal no 10680.722.860/2011-19), e que já sujeitou-se a procedimento fiscal anterior (Processo nº 10600.720022/2013-15) que, junto a questões tributárias outras, tiveram por objeto deduções da mesma natureza (ágio), tendo resultado em lançamento de ofício”.

4. Aperam Inox América do Sul S.A (Aperam ou Companhia) “é a denominação dada a partir de 2011 a outrora chamada ArcelorMittal Inox do Brasil S.A (AMIB ou ArcelorMittal Inox); que por sua vez, representava a nova razão social, recebida em 2007, pela fabricante mineira de aço inox Acesita S/A”.

5. O TVF aos autos, resume o contexto atual da fiscalizada, informando que “o controle societário da então ArcelorMittal Inox (antes Acesita; hoje, Aperam) ficara distribuído (ao final de 2008) entre duas subsidiárias estrangeiras (e integrais) da ArcelorMittal S.A - Luxemburgo. Ficando o percentual de 30,50% vinculado à subsidiária ArcelorMittal France (França); e outros 69,50% de posse da subsidiária ArcelorMittal Spain Holding SL. Como tais subsidiárias têm origem na estrutura que antes integrava o grupo Arcelor S.A, natural que os negócios desta fiscalizada continuassem a sofrer influências corporativas do grupo estrangeiro absorvido na mencionada fusão. Assim, entende-se o fato de a então subsidiária do extinto grupo Arcelor (*Arcelor Stainless International*) continuar exercendo, frente ao novo controlador (ArcelorMittal S.A – Luxemburgo), o papel de distribuidor mundial dos produtos gerados pelo conglomerado, conforme detalharemos mais adiante”

6. Sobre à glosa de amortização de ágio, a autoridade fiscal questionou-se “a validade do ágio pago pela empresa Arcelor Aços Especiais do Brasil Ltda. (“AAEB”) – antiga controladora da Recorrente –, na aquisição de ações de emissão da ArcelorMittal Inox Brasil S/A (“AMIB”), atualmente Aperam Inox America do Sul S.A., ora Recorrente, no contexto da oferta pública de aquisição de ações realizada em 2008 (“OPA”)”. E, a fiscalização, deparou-se com o valor de R\$1,798 bilhão em “ágio segregado” em nome da sociedade de participação AAEB, em abril de 2008, tendo como motivação a operação de fechamento de capital, pelo que a própria fiscalizada (objeto do fechamento de capital) passara a aproveitá-lo a partir do mês de julho/2008, tão logo concluída a referida operação e assim que formalizada a “incorporação” da sociedade “AAEB”, conforme antecipado, sendo que, do valor segregado, R\$89 milhões foram amortizados na contabilidade da AAEB, nos meses de abril a junho de 2008 – ficando, pois, um ágio residual registrado, no valor de R\$1,708 bilhão”.

7. A Autoridade Fiscal enfatiza que "em 30/06/2008, tão logo encerrado o processo de aquisição das ações junto aos acionistas minoritários, a controladora estrangeira formalizou a “incorporação” da sociedade de participação AAEB pela própria empresa objeto do fechamento de capital, ou seja, pela então ArcelorMittal Inox. Pelo que a sociedade “incorporada” foi usada apenas como “extensão” do caixa estrangeiro consumido na operação. Com isso, a empresa operacional (ora fiscalizada) passara a registrar, em seguida, vultosas deduções em sua base tributável de IRPJ, a título de “amortização de ágio” decorrente da operação”.

8. Acerca da utilização indevida e das deduções fiscais do ágio, restou configurado nos autos, que a AAEB "teria sido usada como “extensão de caixa” daquela que, efetivamente, promovera e custeara toda operação, ou seja, a controladora estrangeira do grupo na época (ArcelorMittal S.A. - Luxemburgo), fazendo crer que a AAEB estivesse suportando o custo decorrente da operação". Questionando-se a fiscalização, que "a dedução do ágio que

fora amortizado contabilmente no período anterior à incorporação da AAEB. E que, a parcela do ágio amortizada contabilmente antes do evento de incorporação não pode ser deduzida para fins fiscais após tal evento, sendo que tal posição poderia ser extraída indiretamente da legislação que rege a matéria (art. 386, inciso III, do Decreto nº 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda ou “RIR/99”).

9. A Fiscalização concluiu, “que a controladora (ArcelorMittal S.A – Luxemburgo) utilizou-se de empresa veículo situada no Brasil (AAEB), em razão do controle que dela detinha por meio de suas subsidiárias na França e na Espanha, para levar a efeito o fechamento do capital da empresa fiscalizada, por meio de alguns artifícios (aportes financeiros para a AAEB sob determinadas rubricas), a fim de, após a incorporação da AAEB pela empresa autuada, registrar indevidamente vultoso ágio que passou a ser utilizada pela fiscalizada”.

10. A fiscalização informou ainda que, no que tange ao cálculo da multa isolada sobre estimativas não recolhidas: “computou (como crédito redutor do valor apurado) eventuais valores de imposto de renda retidos por fontes pagadoras, sobre receitas auferidas pela empresa fiscalizada - conforme informações obtidas junto aos sistemas da RFB; bem assim, nas DIPJ’s declaradas pelo fiscalizado. Valores retidos estes, que também compuseram saldos negativos ao final dos exercícios fiscais em tela, e que foram utilizados pela fiscalizada em compensações tributárias, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à configuração dos mesmos”.

11. Cientificado da autuação fiscal, o interessado apresentou Impugnação em 21/08/2014 (fls. 1.285/1.384), na qual alegou:

- "vício insanável de motivação por não ter a autoridade fiscal apontado qualquer norma apta a justificar a desconsideração das transações realizadas e a validade do ágio registrado na aquisição das ações da Impugnante por parte da AAEB, invocando supostos “artifícios” e “subterfúgios”, utilizando-se de alegações retóricas, mencionando a falta de propósito comercial e conceitos estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro”;
- Considerou que a OPA foi realizada por meio de leilão público, em operação revestida de plena publicidade, que observou o rigoroso controle da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e dos acionistas minoritários da Impugnante.
- DA IMPROBIDADE DA GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO: Considera que “cumpru os requisitos legais para aproveitamento do ágio previstos nos artigos 20 e seguintes do Decreto-Lei no 1.598/77, artigos 7o e 8o da Lei no 9.532/97, artigos 385 e 386 do RIR/99”;
- IMPROBIDADE DA QUALIFICAÇÃO DA CONTROLADORA INDIRETA ESTRANGEIRA COMO VERDADEIRA ADQUIRENTE DAS AÇÕES: Entende que “coube à própria AAEB, na qualidade de sócia da Impugnante, adquirir as ações detidas pelos acionistas minoritários e pagar tais acionistas com recursos próprios,

obtidos via aumento de capital e empréstimo concedido por empresa do grupo econômico a qual pertencia, o que não altera a natureza jurídica da transação em questão”;

- **DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA E DO PROPÓSITO NEGOCIAL DAS TRANSAÇÕES REALIZADAS PELO GRUPO ARCELORMITTAL:** Afirma que “encontram-se presentes o motivo ou causa, a finalidade negocial e a congruência entre ambos nas operações realizadas. Não há, portanto, motivação exclusivamente fiscal na transação, sendo o registro do ágio e seu aproveitamento pela Impugnante a consequência natural da aquisição das ações na OPA, inserindo-se congruentemente no contexto de fechamento de capital da Impugnante”;
- **INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO EM FACE DO BENÉFICO FISCAL PREVISTO PELA LEI Nº 9.532/97:** Diz que a teoria sobre o abuso de direito não é aplicada no caso concreto, considerando que “o CARF tem reconhecido, de maneira reiterada, que a existência das chamadas “empresas veículos” ou sociedades veículo” não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio”;
- **DA SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITA:** Afirma que “em relação ao lançamento do IRPJ e da CSLL sobre valores considerados como receitas omitidas em 2008 e 2009, considera que as supostas “receitas omitidas” são receitas efetivamente auferidas por ACESITA IE, uma sociedade domiciliada nas Ilhas da Madeira, Portugal, à época controlada indiretamente pela Impugnante, por intermédio da ACESITA HOLDING BV, domiciliada na Holanda”;
- **MATÉRIA PRELIMINAR: NÃO CABIMENTO DO LANÇAMENTO, TENDO EM VISTA O PAGAMENTO À VISTA DO DÉBITO AO ABRIGO DA LEI NO 12.865/2013:** Alega que “no que diz respeito aos lucros de suas controladas estrangeiras apurados em 2008 (ACESITA IE e ACESITA HOLDING BV), os valores incluídos na base de cálculo do IRPJ e CSLL foram inteiramente absorvidos por prejuízos da Impugnante apurados no mesmo exercício, acarretando a redução do valor dos prejuízos do exercício (doc. 9). A DIPJ retificadora correspondente foi apresentada em 16.01.2014, tendo em vista que, por ocasião do pagamento nos termos da Lei no 12.865/2013, a impugnante encontrava-se sob a fiscalização, que culminou na presente autuação, o que a impossibilitou de apresentar a DIPJ retificadora naquela altura”;
- **NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR FALHA NA CAPITULAÇÃO LEGAL E DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO INQUISITÓRIO E VERDADE MATERIAL:** Afirma que “a fiscalização parte de ilações despropositadas (como, a de que a existência de três funcionários não seria suficiente para comprovar a existência e operação da controlada Acesita IE), sem demonstração da existência dos elementos nucleares à ocorrência do fato gerador – receitas omitidas recebidas pela Impugnante”;

- **INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO CONSISTENTE EM OMISSÃO DE RECEITAS:** Diz que “as receitas ditas omitidas não foram efetivamente recebidas pela Impugnante, pois transitaram pelas contas de sua controlada Acesita IE e não pelas suas contas. Se a Impugnante se beneficiou de alguma forma destes valores, o fez na qualidade de controladora indireta da Acesita IE, pela apuração de resultado de equivalência patrimonial. Apenas nesta circunstância é que a Impugnante teria disponibilidade sobre os dividendos eventualmente pagos por sua controlada (direta) estrangeira, mas que, no entanto, não se confundem com as receitas de Acesita IE”;
- **INEXISTÊNCIA DE SUBFATURAMENTO:** Afirma que o chamado “Projeto Exportação Acesita foi empreendido com vistas a destinar certos volumes de exportações para uma empresa do Grupo com funções *detrading*, a qual seria responsável pela concretização de vendas para clientes localizados em países específicos, atuando como interface dos agentes de exportação, sediada num ambiente de negócios expedito e flexível, notadamente pela inexistência de restrições e controles de ordem cambial. A Acesita IE foi concebida, assim, para atuar exclusivamente no interesse de empresas do Grupo, como é caso da autuada”;
- **A ILHA DA MADEIRA NÃO É “PARAÍSO FISCAL”:** Alega “que a Ilha da Madeira não é um paraíso fiscal, assim entendido como país de tributação favorecida definidos na Lei nº 9430/96, pois não há uma exoneração absoluta e incondicionada, mas apenas uma isenção temporária (que terminou no ano de 2011) das rendas de origem não portuguesa. Ademais, também não se oculta a identidade dos sócios das sociedades ali domiciliadas”;
- **EXCESSO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:** Considera que “a existência do Projeto Exportação Acesita, suportado em estudos técnicos qualificados, junto com a absoluta transparência das informações prestadas ao Fisco, revela a inexistência de qualquer intenção de simulação ou fraude”;
- **DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO:** Diz que “nos termos do artigo 61 da Lei no 9.430/96, somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias. O contrário seria uma afronta ao princípio constitucional do não-confisco, citando jurisprudência do CARF”;
- Requereu o cancelamento integral do Auto de Infração.

12. O Acórdão ora Recorrido (15-40.567 - 2ª Turma da DRJ/SDR) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, quando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa-veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

INCENTIVO FISCAL. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. DEDUÇÃO. FORMALIZAÇÃO.

O auto de lançamento ou o processo administrativo fiscal não se constituem em instrumentos jurídicos apropriados para o sujeito passivo formalizar ou elevar o montante da dedução do incentivo fiscal do PAT.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. EXIGIDAS CONCOMITANTEMENTE NO LANÇAMENTO.

Por se tratar de hipóteses legais distintas, é cabível, no lançamento de ofício, a aplicação de multa exigida isoladamente, por falta de recolhimento dos valores devidos por estimativa, bem como das que se exigem juntamente com o imposto ou contribuição que forem apurados no procedimento fiscal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011.

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

A adição à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

13. Isto porque, segundo entendimento da Turma, “a AAEB serviu como mera empresa-veículo para efetuar o repasse aos acionistas alienantes, dos recursos financeiros advindos da controladora estrangeira. Os recursos despendidos na operação de fechamento de capital da fiscalizada (cerca de R\$2,9 bilhões) vieram do caixa da controladora estrangeira, os quais alimentaram o caixa da entidade local em pleno exercício da OPA. A AAEB apenas recebeu os recursos oriundos do exterior, enviados pela sua controladora e imediatamente os transmitiu aos alienantes, por meio de operações que buscaram mascarar a real operação ocorrida. Tentou-se dar uma aparência comercial à interposição fugaz e desnecessária da empresa-veículo AAEB. Tal participação, fica claro, teve o intuito de burlar o fisco. Não há a menor razoabilidade na operação efetuada, cujo objetivo foi fabricar artificialmente um

pretensão ágio por meio da simulação via interposição de empresa-veículo com prejuízo ao Estado e à sociedade. A AAEB atuou apenas como extensão de caixa da controladora internacional, por meio do qual a ArcelorMittal S.A. – Luxemburgo transferiu durante a OPA os recursos (US\$2,9 bilhões) que foram utilizados para compra das ações dos sócios minoritários da Impugnante, com a finalidade de que parecesse que fora a AAEB, uma sociedade local, a empresa que efetuará o dispêndio financeiro relativo ao fechamento de capital”.

14. Ressalta a turma julgadora, que “a dedução devida à adesão ao PAT constitui faculdade concedida ao contribuinte, cuja formalização deve-se efetivar quando da entrega da declaração DIPJ. Conforme a Planilha de Ajuste de Estimativas de IRPJ e CSLL, a Autoridade Fiscal levou em conta os incentivos fiscais registrados em DIPJ, incluídos o do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Quisesse valer-se de parcela maior da dedução do PAT, deveria tê-lo feito já em sua declaração, o que já proporcionaria uma geração superior de saldo negativo naquele momento”.

15. A respeito da aplicação da multa no caso concreto, os julgadores entenderam que é possível a aplicação concomitante das multas por falta de recolhimento das estimativas mensais e por lançamento de ofício. Afirmando que “a lei cuida de penalidades distintas. A primeira, prevista no inciso I, diz respeito à multa pela falta do pagamento do imposto ou da contribuição; a segunda, prevista no inciso II, diz respeito à multa pela falta de recolhimento das estimativas. Constatada a falta de pagamento ou recolhimento de imposto/contribuição, apurada em procedimento de ofício, a autoridade lançadora deve aplicar a multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44, inciso I, da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio. Sendo a multa isolada aplicada no presente auto de infração decorrente de uma omissão do contribuinte quanto a uma obrigação legal, essa omissão, por si só, dá fundamento a uma penalidade autônoma, que independe da multa de ofício exigida juntamente com o imposto ou contribuição devidos ao final do período”.

16. Como fundamenta o TVF, ficou constatada que “à vista do disciplinado nos arts. 385 e 386 do RIR/99, não resta dúvidas de que apenas a investidora ou a investida – não uma terceira pessoa jurídica interposta artificialmente –, pode beneficiar-se, quando da incorporação, fusão ou cisão de ambas, da amortização do ágio pago na aquisição, pois somente em relação a elas perfazem-se as condições em tais dispositivos legais estabelecidas para a fruição do benefício. Portanto, além do pagamento do ágio, o investimento deve ser direto entre a investidora e a investida, sem a interposição de terceira pessoa. A operação está minuciosamente descrita no Termo de Verificação Fiscal. Como menciona a Fiscalização, a empresa-veículo utilizada (a AAEB) originou-se da Copyhold Participações Ltda, que, por sua vez, é fruto da cisão total da AAPB. A referida Copyhold, formada em maio de 2005, com capital a integralizar de R\$100,00 reais, em nome de dois sócios pessoas físicas, passou, por meio de cessão de cotas, a espelhar a participação estrangeira da Arcelor S.A. – Luxemburgo nos ativos da Acesita S.A. (a fiscalizada), representando 27% do capital desta, refletindo um PL no valor de R\$431.124.150,00, ao mesmo tempo em que sua razão social foi alterada para Arcelor Aços Especiais do Brasil Ltda – AAEB”

17. Extrai-se do Acórdão recorrido, que “concluído o fechamento de capital da Companhia pela aquisição total das ações disponíveis no mercado, a AAEB foi incorporada pela própria empresa objeto da operação (fiscalizada) – a qual passou a aproveitar o milionário ágio sobre a operação, no valor de, aproximadamente, R\$1,708 bilhão, oriundo de valores

vindos do exterior, via pagamento efetuado pela controladora estrangeira, e da qual a AAEB foi apenas uma empresa-veículo. A atuação da AAEB teve apenas o propósito permitir a amortização do ágio pago na aquisição da própria quando da incorporação. A AAEB nunca foi a adquirente de fato, vez que todos os valores despendidos na aquisição das ações dos minoritários foram de responsabilidade de outras empresas do mesmo grupo ArcelorMittal, ora na forma de empréstimo, ora na forma de aumento de capital. Sua atuação foi formal, e não teve conteúdo”.

18. Sobre o ágio e as parcelas indedutíveis, afirma que “o artigo 386, inciso III, do RIR/99, determina que o ágio passível de dedutibilidade é apenas aquele decorrente de amortizações ocorridas posteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão, ou seja, nos balanços correspondentes à apuração do Lucro Real, levantados após os referidos eventos – desde que cumpridas, obviamente, as demais condições e requisitos essenciais do instituto. Ou seja, o direito a dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente nasce somente após a ocorrência dos eventos de incorporação, fusão ou cisão. Assim, incabível a obtenção de tal benefício fiscal sobre parcelas de ágio amortizadas contabilmente pela entidade incorporada, anteriormente à ocorrência do evento de incorporação”.

19. Ciente da decisão do Acórdão em 01/07/2016(fl.1662), que julgou improcedente a impugnação apresentada, o contribuinte interpõe **Recurso Voluntário** em 29/07/2016 - (fls. 1.664/1.738), apresentando praticamente as mesmas razões expendidas em sua impugnação administrativa, modificando-se apenas em um único tópico:

- AJUSTE NO CÁLCULO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: RETIFICAÇÃO DE DIPJ: - Requereu o ajuste do crédito tributário constituído no presente auto de infração. Alega “que a retificação, motivada por erro na apuração, o saldo de prejuízo fiscal do ano-calendário de 2010 passou a ser de 185.695.112,67, portanto em valor superior ao valor do prejuízo fiscal que fora considerado na determinação do crédito tributário. Requereu dessa forma, o recálculo da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o valor do prejuízo fiscal acumulado pela recorrente à época dos fatos”.
- Requereu a reforma do Acórdão recorrido da DRJ, com o consequente cancelamento integral do Auto de infração;
- Requereu cancelamento das multas;
- Pugnou pela sustentação oral.

Às fls. 1.912 dos autos – Contra Razões da Fazenda Nacional, que trouxe em seu bojo as seguintes razões:

- DA INDEDUTIBILIDADE DO ÁGIO REGISTRADO: Alega que “a norma que prevê a dedutibilidade do ágio deve ser interpretada restritivamente. No caso, vendo as operações societárias como um filme, nota-se que a despesa com a amortização do ágio não cumpre

os requisitos legais para ser dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL”. Diz que de acordo com a Lei nº 9532/1997, um ágio passará a ser dedutível se a empresa que adquiriu uma participação societária com ágio (investidor) absorver ou ser absorvida por essa participação societária (investimento). Em síntese, estabelece uma presunção de perda de investimento em face da “confusão patrimonial.” Mas, para que haja essa presunção de perda de capital decorrente da “confusão patrimonial” entre investimento e investidor, explica que “é imprescindível que o investimento tenha sido efetivamente adquirido pelo investidor com ágio. É indispensável que, antes de tudo, uma empresa tenha adquirido uma participação societária por meio de uma verdadeira operação de aquisição, com propósito negocial e substrato econômico”;

- Alega que no caso em apreço, “o que se vê claramente é que foram utilizados artifícios, pela controladora estrangeira, para efetivar o pagamento das ações adquiridas no contexto da ‘OPA’ e, ao mesmo tempo, fazer crer que a operação estivesse sendo suportada financeiramente pela sociedade residente (AAEB) quando, de fato, estava servindo como mera “extensão de caixa” da empresa estrangeira que, verdadeiramente, estava bancando a operação. Tudo isso na intenção de ‘fabricar’ um milionário ágio sobre a operação de fechamento de capital da fiscalizada, para que ela própria o ‘aproveitasse’ – transferindo para a Fazenda Nacional (na forma de dedução fiscal a título de amortização de ágio) parcela expressiva dos recursos externos despendidos na operação”. Mencionado, que “a operação de fechamento de capital da fiscalizada foi totalmente promovida e patrocinada pela ArcelorMittal – Luxemburgo, que figurou como ofertante e contratou o Banco Santander S.A como instituição intermediária. Os serviços do Goldman Sachs para a avaliação da fiscalizada (no contexto da “OPA” e das instruções da CVM) foram custeados pela controladora estrangeira (ArcelorMittal S.A)”.
- Afirmou ainda, “que houve a verdadeira operação de aquisição de ações que envolveu entidade empresarial não residente, o que está plenamente correta a Fiscalização em considerar o ágio registrado pela autuada como não dedutível, pois, em verdade, decorre da aquisição de suas ações por empresa domiciliada no exterior (ArcelorMittal S.A – Luxemburgo), sendo que a interposta local (AAEB) atuou apenas como mero elemento formal no repasse dos recursos externos despendidos na operação, com o intuito de “produzir” uma vantagem fiscal que não se legitima pelo curso real dos fatos. Houve, portanto, além de tudo, a utilização de empresa veículo (AAEB) para a obtenção do ágio, o que é vedado pelo Direito”.
- Colacionou diversos julgados do CARF sobre o tema (impossibilidade de utilização de empresa veículo para a obtenção do

ágio e na necessidade de confusão patrimonial entre o real investidor e o investimento);

- **DO ÁGIO E DAS PARCELAS INDEDUTÍVEIS ANTERIORES À INCORPORAÇÃO DA (AAEB):** Diz que o ágio amortizado contabilmente somente é dedutível após a ocorrência da incorporação, da fusão ou da cisão. Cita trechos da decisão da DRJ, destacando-se: (...) “O direito a dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente nasce somente após a ocorrência dos eventos de incorporação, fusão ou cisão. Assim, incabível a obtenção de tal benefício fiscal sobre parcelas de ágio amortizadas contabilmente pela entidade incorporada, anteriormente à ocorrência do evento de incorporação”.
- **DO CABIMENTO DA MULTA ISOLADA MESMO EM RAZÃO DO ENCERRAMENTO DO ANO-BASE QUANDO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO:** Esclarece que se constitui no presente caso, hipótese de dispense a exigência de multa, afirmando que, “a teor do então art. 44, §1º, “IV”, da Lei nº 9.430/96 (atual redação contida no inc. II, alínea “b”), a “multa isolada” é devida em função do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa, ainda que o contribuinte tenha apurado, ao final do período, prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. (...) Após o encerramento exercício, apurado saldo a pagar do tributo, surge uma nova infração, que atrai a incidência de multa diversa da aplicada em razão da falta de recolhimento das estimativas devidas.”
- **DA CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO:** Esclarece que “não se aplica à espécie a Súmula CARF nº 105, segundo a qual “a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”. Isso porque a cumulação entre as multas só é vedada pela referida súmula em relação às autuações relativas a períodos anteriores a 22 de janeiro de 2007”. O que não é o caso. Diz que, “no caso, não há dúvida de que o recorrido optou por recolher o IRPJ e a CSLL pelo regime de estimativa. Por outro lado, também não há dúvida de que o recorrido descumpriu o regime, pois não recolheu integralmente o tributo, e não justificou o não recolhimento mediante a apresentação dos balancetes de suspensão ou redução”. (...) Assim, “percebe-se que o não pagamento de referidos tributos sobre bases estimadas é infração bastante diversa daquela consistente em desrespeito às regras de determinação do lucro real praticada pelo sujeito passivo. Sendo assim, nada impede que dessas infrações resultem penalidades distintas: da infração às normas de determinação do lucro real decorre a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, enquanto que do descumprimento da sistemática de pagamento do IRPJ e da CSLL sobre base de cálculo estimada decorre a multa isolada prevista no art. 44, II, alínea “b” da mesma lei”. (...) Frizando, “que até as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de bis in idem. Com efeito, segundo texto dado pela Lei nº

11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, no percentual de 75%”.

- **JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO:** Afirma que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, tendo previsão legal no CTN. Dessa forma, “por ser a multa, indubitavelmente, obrigação principal, não se pode chegar a outra conclusão se não a de que ela integra o crédito tributário. Logo, tanto sobre o tributo (principal) quanto sobre a multa deve incidir juros, como determina o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional”.
- **DA REPERCUSSÃO DOS FATOS SOBRE A APURAÇÃO DA CSLL:** Diz que de acordo com o art. 57 da Lei nº 8.981/95 aplicam-se a CSLL as mesmas normas de apuração do IRPJ, in verbis: *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); 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, 26, 55 e 71, desta Lei.*
- Requereu o desprovimento do recurso voluntário.

20. É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva - Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Passo a analisar o Recurso Voluntário.

Inicialmente é necessário ressaltar que, o presente lançamento em muito se assemelha ao PAF 10600.720022/2013-15 já julgado por este mesmo relator, entretanto, este é

relativo aos fatos geradores de 2010 e 2011, e não abarca algumas infrações que foram objeto do lançamento anterior.

Assim, mantenho a minha posição, no que se aplicar, refletida no voto proferido no PAF 10600.720022/2013-15.

Antes de adentrar ao mérito, cumpre ressaltar também que, em sede de Recurso, o contribuinte requereu o ajuste do crédito tributário constituído no presente auto de infração. Alega “*que a retificação, motivada por erro na apuração, o saldo de prejuízo fiscal do ano-calendário de 2010 passou a ser de 185.695.112,67, portanto em valor superior ao valor do prejuízo fiscal que fora considerado na determinação do crédito tributário. Requereu dessa forma, o recálculo da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o valor do prejuízo fiscal acumulado pela recorrente à época dos fatos*”.

Outrossim, da análise dos documentos apresentados, verifico que a citada retificação da DIPJ foi realizada em 31/12/2015, ou seja, muito depois do presente lançamento. Ademais, o contribuinte não traz aos autos provas do alegado erro na apuração, razão pela qual entendo que o referido documento não tem o condão de interferir no presente julgamento, pelo qual indefiro o pedido de diligência para realização do ajuste pretendido.

Da análise dos autos, também é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte constitui-se em repetições dos argumentos utilizados em sede de impugnação, salvo alguns poucos novos tópicos que, em verdade, acabam por repetir e reafirmar a tese sustentada pelo contribuinte, as quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Desta feita, da análise da decisão recorrida, no que se refere: (i) às preliminares apreciadas; (ii) à manutenção da glosa do parcelas indedutíveis anteriores à incorporação da AAEB; (iii) dedução do PAT e IRRF; (iv) manutenção de juros de mora sobre multa de ofício e da SELIC sobre a multa, e; (v) reflexos quanto à CSLL.

Assim, quanto a esses aspectos concordo integralmente com a decisão recorrida e entendo que não merece ser modificada, razão pela qual voto no sentido de manter a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Por sua vez, no que se refere à: (i) glosa do ágio pela utilização de empresa veículo, e; (ii) concomitância da multa de ofício e isolada; passo a me manifestar.

No que se refere à alegação de impossibilidade da duplicidade da multa isolada e de ofício, concordo com as razões do Recorrente. Isto porque, sigo o entendimento acerca da impossibilidade da aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Tal fato se deve à conclusão de que o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Uma vez que as estimativas são meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significa dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Neste ponto me permito valer dos fundamentos aduzidos pelo Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201-00.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como

exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Diga-se ainda que a questão é objeto de Súmula do CARF nº 105, que entendo permanecer aplicável aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 11.488/07 *in verbis*:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Outrossim, tal posição encontra guarida em diversas decisões deste Conselho, incluindo-se esta mesma Turma Ordinária, razão pela qual dou provimento ao Recurso para excluir a multa isolada.

Resta, portanto, analisar a questão relativa à amortização de ágio em razão da utilização da chamada empresa veículo.

Os debates no CARF acerca das condições para dedução da amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL freqüentemente envolvem os conceitos de empresa-veículo e propósito negocial.

A validade jurídica de todas as operações realizadas pela Recorrente não são questionadas no presente lançamento, mas sim o propósito negocial de um dos quadros da operação societária realizada.

De fato, existem duas grandes correntes interpretativas sobre o tema. A primeira entende que a amortização do ágio constitui benefício fiscal expressamente previsto em lei, originalmente concedido como incentivo à privatização e à reorganização societária das empresas.

Para essa corrente, a dedução prescindiria da existência de propósito negocial e a utilização de empresa-veículo seria legítima para se alcançar a redução da base tributável, desde que cumpridos os demais requisitos legais.

Nestes termos identifica-se na jurisprudência administrativa o Acórdão 105-16.774 (08/11/2007), o qual foi mantido pela CSRF na decisão de Acórdão 9101-001.657 (15/05/2013).

A segunda corrente defende a obrigatoriedade da existência de elementos de fato caracterizadores da necessidade da realização da operação societária, razão pela qual a realização de operações sem fim negocial caracterizaria planejamento tributário abusivo, com o único propósito de economia tributária, baseada nas figuras de fraude à lei, abuso de direito e simulação.

Nesse sentido foi a linha adotada no Acórdão 1201-00.689 (08/05/2012), na mesma esteira do TVF e da decisão Recorrida.

Como pode-se inferir do TVF, corroborado pela DRJ, o ponto principal da argumentação que embasa a ausência de propósito negocial na realização de um planejamento tributário abusivo.

Por sua vez o Recorrente em sua vasta argumentação defende que, além de ter havido propósito negocial necessário à conclusão do negócio, e o lapso temporal que quase 3 anos para conclusão das operações, mesmo que esse não existisse, não se poderia invalidar o uso de empresa-veículo nos termos de decisões já proferidas por este Conselho.

Necessário ressaltar ainda que, as operações foram realizadas a cerca de 10 anos, em um momento absolutamente distinto e, em atenção ao princípio da segurança jurídica, não é possível aplicar ao contribuinte hoje, consequências jurídicas que não haveriam no momento da realização dos atos e operações societárias que ensejaram o presente lançamento. Ainda mais, em se tratando de uma interpretação que leva em consideração o dolo qualificado punido por uma multa qualificada.

É inegável que a segurança jurídica e suas garantias derivadas, como proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, acessibilidade e confiança legítima, configuram-se como típicas garantias asseguradas aos contribuintes, as quais, ainda que não expressamente discriminadas, constituem-se em modalidades de “limitações constitucionais ao poder de tributar” e, por conseguinte, acomodam-se ao conjunto das regras de identidade do sistema constitucional, como expressões de cláusulas pétreas, protegidas pelo artigo 60, parágrafo 4º, “a”, da CF.

Pois bem. Traçadas essas premissas das duas principais correntes interpretativas sobre o tema me alinhio à primeira, a qual também é defendida pelo Recorrente.

Ressalte-se mais uma vez que não existem dúvidas acerca do efetivo pagamento do ágio gerado através de operações realizadas entre pessoas jurídicas distintas, o que afastaria o chamado "ágio interno".

Não obstante o alto grau de subjetividade existente em qualquer discussão relacionada à existência ou inexistência de propósito negocial nas operações, face à mais que concreta objetividade da lei quanto às regras para dedução do ágio, não deixarei de enfrentar as questões de fato, muito embora entendo que o cerne da questão é avaliar se a escolha de negócio da Recorrente infringe a lei tributária ou não, de forma a impossibilitar a dedução do ágio.

Isto porque, o conceito de propósito negocial carece de fundamento legal, tornando-se absolutamente subjetivo e abrangente.

Partindo deste conceito adotado pelo Fisco, a presença de um propósito negocial deve ser precedente e, além, originária na operação, de modo a concretizar a amortização do ágio e o concomitante gozo do benefício fiscal como uma consequência natural e lógica. Entretanto, a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uniforme, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas, afastando-se do princípio da tipicidade cerrada que foi base de formação do direito tributário.

É freqüente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negocial por meio do qual defende que a simples inexistência sob sua ótica outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, tem sido usada como elemento suficiente para invalidar os atos do contribuinte ou o benefício fiscal almejado.

Tal lógica ao meu ver se afasta da necessária objetividade da lei tributária, fundada no princípio da tipicidade cerrada, além de afetar a segurança jurídica vez que diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro oferecem um benefício fiscal aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

Nesse sentido entendo ser absolutamente claro o exemplo trazido pelo Conselheiro desta Primeira Seção, Luiz Fabiano Alves Penteado em caso semelhante ao aqui tratado:

Usualmente menciono em meu votos, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Neste caso, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Isso porque, nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada.

O objetivo é o gozo do incentivo fiscal, que seja suficiente para compensar os desafios e dificuldades adicionais. Isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões. Este é um exemplo do caráter indutor da norma, no sentido de que quando a legislação cria um determinado benefício, acaba por induzir o contribuinte a agir de determinada forma.

Nesse sentido, entendo que a busca da redução de incidência tributária por si só já se constitui em propósito negocial que viabiliza o aproveitamento do ágio, como incentivo tributário estabelecido em lei, desde que cumpridos os demais requisitos. Nesse sentido este Conselho já possui diversos precedentes:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal. (Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS.

ATOS JURÍDICOS. LICITUDE. O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a im procedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito. As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio

jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. " (Acórdão n. 1101000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação. (Acórdão n. 1201001.507 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária - Sessão de 14 de setembro de 2016)

AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu.

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - O ágio na subscrição de ações deve ser calculado após refletido o aumento do patrimônio líquido da investida decorrente da própria subscrição. O ágio corresponde à parcela do valor pago que não beneficia, via reflexa, o próprio

subscritor. A subscrição é uma forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros.

MULTA ISOLADA - ESTIMATIVA - Não procede a exigência de multa isolada quando da recomposição do resultado em virtude de glosa de despesa, visto que não participam da base a ser utilizada para calcular o imposto estimado antecipado mensalmente.

JUROS SOBRE MULTA - A SELIC incide tão somente sobre débitos de tributos e contribuições, não sobre penalidade, que deve seguir a regra de juros contida no artigo 161 do CTN. (Lei 9.430/96, art. 61 c/c art. 3º do CTN). Recurso parcialmente provido. (Acórdão n. 105-16.774 - Sessão de 08 novembro de 2007)

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º). Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo". (Acórdão n. 1201-001.267 - Sessão de 19 de janeiro de 2016)

Cumprido destacar trecho do voto proferido no último Acórdão citado, com o qual me coaduno:

"(...)Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos."

Desta feita, entendo que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, não pode ser suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

Por outro lado, a utilização da chamada empresa-veículo, expressão que tem sido usada como sinônimo de ilegalidade tributária, por si só, não torna a operação ilegal, se desacompanhada de qualquer ato fraudulento ou simulado, especialmente quando restar demonstrada a existência de alternativas que resultem no mesmo resultado tributário obtido.

Esta linha de jurisprudência já é adotada por este Conselho:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Destaque-se trecho de voto proferido no Acórdão n. 1201001.267:

"(...) Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação."

Ademais, a AAEB foi criada a partir da cisão total de uma empresa *holding* brasileira, que já detinha há anos participação na Recorrente, ocorrida em 2005, no contexto de uma reestruturação societária cujo objetivo era segregar segmentos de negócio do então grupo Arcelor no Brasil. Assim, a AAEB já existia desde 2005, portanto, anos antes da OPA de 2008.

Nota-se que a criação da AAEB, então controladora da AMIB, não representou a interposição de uma sociedade *holding* entre o Grupo ArcelorMittal e a Recorrente, como quer sugerir a autoridade fiscal. Afinal, desde que o ingresso do grupo francês Usinor no bloco de controle da Recorrente, já havia ma sociedade *holding* no Brasil (inicialmente a Usipar, depois a AAPB e finalmente a AAEB).

Com efeito, a transferência da participação que o grupo ArcelorMittal detinha na então Acesita para a AAEB ocorreu, unicamente, em função de reestruturações societárias internas: primeiramente a incorporação da *holding* Usipar pela AAPB (2004) e posteriormente a cisão da AAPB, com destinação de parte de seu acervo patrimonial para a *holding* AAEB

(2005). Portanto, é incorreta a suposição de que teria havido interposição” de uma “entidade veículo” (AAEB) para a aquisição das ações da recorrente no contexto da OPA.

Ademais, parece evidente que a AAEB não só existiu de direito e de fato, como também praticou todas as atividades ligadas à sua finalidade de sociedade holding, recebendo participações de empresas operacionais (Recorrente e Arcelor Auto), para atuar como empresa concentradora do segmento de aços especiais e inox do Grupo ArcelorMittal.

Destaca-se ainda que a criação da AAEB, como alegado pela Recorrente, está inserida no contexto de uma reorganização societária realizada pelo então grupo Arcelor, para segregar segmentos de negócios, reportada por meio de fatos relevantes publicados pelo grupo entre dezembro de 2004 e julho de 2005.

Outrossim, a OPA resultou em efetivo desembolso, pela AAEB, de aproximadamente R\$ 2,94 bilhões, transação realizada em ambiente regulado, posto que a Recorrente era empresa de capital aberto e houve intermediação e controle da bolsa de valores, instituições financeiras e da CVM.

Ademais, além de tudo o quanto exposto, como bem observado pelo Recorrente, o uso da chamada empresa-veículo não era indispensável para obtenção do aproveitamento do ágio. Isto porque, *caso a controladora ArcelorMittal S.A. – ou mesmo a Arcelor Spain – tivesse diretamente adquirido a Recorrente, mediante pagamento de ágio, tal empresa poderia integralizar o capital de pessoa jurídica constituída no Brasil, com a conferência das ações da Recorrente adquiridas com ágio. Posteriormente, tal sociedade seria incorporada pela Recorrente, que adquiriria, assim, o direito à amortização do ágio.*

Desta forma, havendo outra forma de se obter o mesmo resultado econômico, não há o que se questionar sobre o uso da Estônia na operação societária, que foi um claro exercício da liberdade negocial assegurada ao contribuinte.

Esse também é entendimento firmado no CARF:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

No mesmo sentido foi o voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no Acórdão 1302001.186 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária:

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Diante do exposto, entendo assistir razão ao Recorrente quanto a este ponto da autuação.

Outrossim, mesmo que vencido neste ponto, no que se refere à aplicação de multa qualificada, também neste particular entendo assistir razão ao Recorrente.

Ressalte-se, neste particular, que um dos fundamentos aduzidos no TVF e mantidos pela decisão Recorrida para justificar a manutenção da qualificação da penalidade se dá em razão da suposta continuidade do delito, e pela manutenção das operações com a empresa Acesita na Ilha da Madeira mesmo a empresa já tendo sido objeto de autuação pelo mesmo motivo quanto aos fatos geradores de 2007.

Ocorre que, o referido lançamento apenas aconteceu no ano de 2011, ou seja, muito posterior aos fatos geradores de 2007 (objeto do PAF 10680.722860/2011-19) e dos fatos geradores de 2008 e 2009 (objetos do presente lançamento). Assim, tal fundamento não se sustenta.

Outrossim, também foi omitido no TVF o fato de que esta Primeira Seção ao julgar o Recurso Voluntário apresentado no PAF 10680.722860/2011-19 - 1402001.122, ocorrido em julho de 2012 (antes do presente lançamento), não manteve a qualificação da multa de ofício, em decisão com a qual concordo inteiramente:

Forte nesses argumentos, a fiscalização entendeu que, diante da artificialidade na operação envolvendo a Acesita IE, não houve intermediação, mas, sim, venda direta pelo preço final. Logo, tais lucros não seriam da empresa Portuguesa e sim da Recorrente, ensejando a autuação por omissão de receitas.

A autuação foi acrescida de multa qualificada, em virtude da suposta intenção deliberada do agente em fraudar o fisco.

Nesse diapasão, cumpre notar que a simples apuração de omissão de receita, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessário, conforme preconiza o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 e Súmula nº. 14 do CARF, a comprovação do evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502/64.

Em assim sendo, vale transcrever os artigos em referência:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos art. 71 e 72.

A fiscalização, ao agravar a multa de ofício, não justifica estar-se diante de conluio, sonegação ou fraude, limitando-se a afirmar seu cabimento em virtude da prática de simulação de intermediação comercial nas exportações efetuadas pela Recorrente.

De plano, vê-se que está afastada a possibilidade de conluio, já que a Fiscalização nada trouxe aos autos para provar que os adquirentes finais dos produtos vendidos pela contribuinte obtiveram vantagens ilícitas ou que, no mínimo, foram coniventes.

Analisando os conceitos de sonegação e fraude, verifica-se que ambos pressupõe o dolo, conceito extraído do direito penal.

Nessa linha, o dolo significa ter a plena consciência de que o ato praticado irá ocasionar o resultado criminoso.

Exemplos de tipos dolosos se mostram quando nos deparamos, com uma falsificação de documentos comprobatórios (notas

fiscais, contratos, escrituras públicas, dentre outros) ou de livros fiscais/contábeis, emissão de notas fiscais calçadas, notas fiscais frias, notas fiscais paralelas, notas fiscais fornecidas a título gracioso, contabilidade paralela (Caixa 2), conta bancária fictícia, falsidade ideológica, declarações falsas ou errôneas (quanto

apresentadas reiteradamente), práticas que em nada não se assemelham à hipótese descrita nos autos.

Destarte, não nos olvidemos que o chamado direito de se auto-organizar para pagar menos impostos não pode ser considerado conduta ilícita, já que é, sobretudo, emanação de uma liberdade individual.

Assim é que, nos mesmos termos da decisão acima citada, mesmo concordando com a artificialidade da operação triangular realizada com a Acesita IE, entendo que não restam configurada a prova do dolo para se justificar a qualificação da multa.

Todas as operações foram devidamente escrituradas, os documentos solicitados foram apresentados e não foram impostos obstáculos à fiscalização.

O dolo qualificado ensejador da aplicação de uma penalidade qualificada demanda a prova, pelo Fisco, de que na época dos fatos, o contribuinte, consciente da ilegalidade, mesmo assim a pratica com a intenção de lesar o Fisco. Certamente, não foi o que aconteceu no caso concreto, face a todo o contexto histórico fartamente comprovado pelo contribuinte.

Desta feita, nos mesmos termos do Acórdão 1402001.122, voto no sentido de dar provimento ao Recurso do contribuinte para desqualificar a multa aplicada.

Assim, voto pelo provimento parcial do recurso para (i) cancelar a glosa do ágio pela utilização de empresa veículo; (ii) desqualificar a multa aplicada, e; (iii) excluir a multa isolada.

Quanto aos demais pontos da autuação, voto no sentido de manter a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, nos termos da faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Redator Designado

Como visto, fui designado para redigir voto vencedor quanto à glosa de ágio pela utilização de empresa veículo, após a incorporação da AAEB.

Consta no relatório deste acórdão que a autoridade fiscal questionou “a validade do ágio pago pela empresa Arcelor Aços Especiais do Brasil Ltda. (“AAEB”) - antiga controladora da Recorrente -, na aquisição de ações de emissão da ArcelorMittal Inox Brasil S/A (“AMIB”), atualmente Aperam Inox America do Sul S.A., ora Recorrente, no contexto da oferta pública de aquisição de ações realizada em 2008 (“OPA”)”. E, a fiscalização, deparou-se com o valor de R\$1,798 bilhão em “ágio segregado” em nome da sociedade de participação AAEB, em abril de 2008, tendo como motivação a operação de fechamento de capital, pelo que a própria fiscalizada (objeto do fechamento de capital) passara a aproveitá-lo a partir do mês de julho/2008, tão logo concluída a referida operação e assim que formalizada a “incorporação” da sociedade “AAEB”, conforme antecipado, sendo que, do valor segregado, R\$89 milhões foram amortizados na contabilidade da AAEB, nos meses de abril a junho de 2008 – ficando, pois, um ágio residual registrado, no valor de R\$1,708 bilhão.

Pois bem.

A parte vencedora da turma ordinária entendeu que a análise da amortização do ágio necessariamente pressupõe a verificação do verdadeiro adquirente das ações de emissão da empresa ArcelorMittal Inox Brasil S/A (“AMIB”), atualmente Aperam Inox America do Sul S.A., ora Recorrente. Isto porque o recurso para aquisição de tal investimento teve origem no exterior.

Veja-se nos principais trechos do voto da DRJ os fundamentos que levaram à delegacia de origem a entender que não teria sido a AAEB que efetivamente adquiriu o investimento de ArcelorMittal Inox Brasil S/A (“AMIB”), atualmente Aperam Inox America do Sul S.A.; mas sim ArcelorMittal S.A., sediada em Luxemburgo:

É preciso que o laudo demonstre que o ágio foi suportado pela empresa investidora – que a defesa alega ter sido a AAEB. Entretanto, ao contrário, o laudo deixa claro que foi a empresa controladora sediada no exterior, a ArcelorMittal S.A. – Luxemburgo, que detinha a motivação para efetuar o fechamento de capital que resultou no pagamento de valor adicional pelo investimento e que, na realidade, foi responsável por todos os dispêndios efetuados na operação.

- Laudo de Avaliação (fls. 2.063 a 2.105), elaborado pelo Goldman Sachs com o intuito de auxiliar o Conselho de Administração da ArcelorMittal Luxemburgo.
- Contrato de intermediação da Oferta Pública de Ações efetuado entre o Banco Santander e a ArcelorMittal S.A. – Luxemburgo (fls. 2.106 a 2.121), em que fica comprovado que a empresa situada em Luxemburgo foi a responsável pela OPA e pelos pagamentos decorrente da compra das ações dos minoritários.
- Correspondência do Banco Santander para a ArcelorMittal S.A. – Luxemburgo, datada de 5 de maio de 2008, em que o Banco que operacionalizou a OPA cobra da empresa de Luxemburgo, conforme o contrato previamente estabelecido pelas partes, o adicional pelo sucesso da Oferta Pública de Ações (página 2.122).

Ou seja, a AAEB serviu como mera empresa-veículo para efetuar o repasse aos acionistas alienantes, dos recursos financeiros advindos da controladora estrangeira. Os recursos despendidos na operação de fechamento de capital da fiscalizada (cerca de R\$2,9 bilhões) vieram do caixa da controladora estrangeira, os

quais alimentaram o caixa da entidade local em pleno exercício da OPA. A AAEB apenas recebeu os recursos oriundos do exterior, enviados pela sua controladora e imediatamente os transmitiu aos alienantes, por meio de operações que buscaram mascarar a real operação ocorrida. Tentou-se dar uma aparência negocial à interposição fugaz e desnecessária da empresa-veículo AAEB. Tal participação, fica claro, teve o intuito de burlar o fisco. Não há a menor razoabilidade na operação efetuada, cujo objetivo foi fabricar artificialmente um pretense ágio por meio da simulação via interposição de empresa-veículo com prejuízo ao Estado e à sociedade. A AAEB atuou apenas como extensão de caixa da controladora internacional, por meio do qual a ArcelorMittal S.A. – Luxemburgo transferiu durante a OPA os recursos (US\$2,9 bilhões) que foram utilizados para compra das ações dos sócios minoritários da Impugnante, com a finalidade de que parecesse que fora a AAEB, uma sociedade local, a empresa que efetuara o dispêndio financeiro relativo ao fechamento de capital.

A sucessão de atos, incluindo a proximidade temporal entre a transferência de valores oriundos do exterior e a realização da OPA demonstram que a AAEB não participou de fato da operação e atuou apenas como uma fachada. A quase imediata incorporação da AAEB logo após ter servido como meio de entrada do dinheiro utilizado na operação de fechamento de capital serviu para que a controladora estrangeira ArcelorMittal S.A. se aproveitasse artificialmente de um ágio sobre a operação de fechamento de capital, sendo que ela, a responsável pelas despesas, subsiste ativa.

É um caso claro de planejamento fiscal abusivo, com o intuito de frustrar a aplicação da norma tributária de incidência, via operação artificial, desnecessária e sem propósito negocial efetivo, revestindo-se de mero instrumento de manipulação das formas do Direito com vistas à economia de tributos. Buscou-se criar formalmente uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio. A AAEB se **exterioriza apenas formalmente como se fosse a responsável pela operação de fechamento de capital e pelo dispêndio financeiro** que resultou na formação de ágio.

(...)

Portanto, no caso em análise, afastada a empresa-veículo AAEB, surge a verdadeira responsável, a controladora europeia, ArcelorMittal S. A. – Luxemburgo, que do exterior tentou fabricar um ágio para diminuir a tributação devida em território brasileiro, com efetivo prejuízo a Fazenda Nacional. O investimento do qual resultou o pretense ágio não partiu da empresa interposta na operação, a AAEB, residente no Brasil. Essa foi apenas a caixa momentânea pela qual o investimento externo transitou. Assim sendo, sua extinção jamais poderia justificar a amortização de ágio pago efetivamente pela representação do Grupo ArcelorMittal no exterior.

Entendo por correto o procedimento da fiscalização e os fundamentos da DRJ - os quais adoto como razões de decidir -, pois percebo que o ágio trazido ao Brasil não carrega consigo o verdadeiro negócio celebrado.

No caso, percebo que a operação veiculada foi preparada com o único objetivo de amortização fiscal do ágio. Embora (eu) entenda que não se deve afastar, de plano, uma operação que tenha como propósito uma redução tributária, percebo que o caso foge à exceção da permissão legal de amortização do ágio, e se enquadra na regra geral de sua proibição.

E, por fim, partindo da premissa que a real adquirente é domiciliada no exterior, não se atendeu a uma das condições para amortização fiscal do ágio, que é a confusão patrimonial existente entre adquirente e adquirida, conforme caput do art. Art. 7º da Lei 9.532/1997:

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.

Desta forma, não há outra conclusão a ser extraída dos fatos aqui colacionados, a não ser a manutenção da glosa de amortização do ágio.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a glosa da amortização do ágio nos períodos posteriores à referida incorporação.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa